Die Gemeinschaft

nach Bruchtheilen

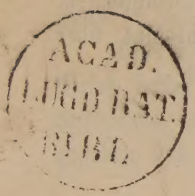
nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche des Deutschen Reiches.

Inaugural-Dissertation

der hohen juristischen Fakultät der Landesuniversität Rostock

vorgelegt von

Wilhelm Behn,
Gerichts-Assessor
aus Waren.



Waren 1900.
Max Sergel's Buchdruckerei.

Inhalts-Verzeichniß.

Einleitung.

I. Die Rechte der Theilhaber nach Außen.
- § 1. Die Verfügung über den Antheil.
- § 2. Die Verfügung über den gemeinschaftlichen Gegenstand.

II. Die Rechte der Theilhaber nach Innen.
- § 3. Die Nutzungen des gemeinschaftlichen Gegenstandes.
- § 4. Die Verwaltung des gemeinschaftlichen Gegenstandes.
- § 5. Die Ansprüche auf persönliche Leistungen.
- § 6. Das Recht auf Aufhebung der Gemeinschaft.
- § 7. Der Aufhebungsvertrag.
- § 8. Der Anspruch auf Theilung in Natur.
- § 9. Der Anspruch auf Theilung des Erlöses.
- § 10. Der Anspruch auf Ausgleichung.
- § 11. Der Anspruch auf Gewährleistung.

III. § 12. Das Wesen der Gemeinschaft nach Bruchtheilen.

IV. § 13. Das Anwendungsgebiet der Rechtssätze über die Gemeinschaft nach Bruchtheilen.

Einleitung.

Das B. G. B. regelt die Gemeinschaft nach Bruchtheilen im 15. Titel des Abschnittes über die einzelnen Schuldverhältnisse. Diese Stellung im System weist darauf hin, daß die Lehre von der Gemeinschaft nach Bruchtheilen sich im wesentlichen in der Ordnung von obligatorischen Rechten und Pflichten erschöpft, welche der Gemeinschaft nach Bruchtheilen eigenthümlich sind. Die Gemeinschaft nach Bruchtheilen ist indessen ähnlich wie die Schenkung kein selbständiges Rechtsverhältniß, sondern nur eine Form, welche die verschiedensten Rechte annehmen können. Die Vorschriften des 15. Titels beziehen sich auf die Gemeinschaft als solche, losgelöst von dem besonderen Rechte an welchem sie in die Erscheinung tritt. Sie finden daher auf die verschiedensten Rechtsverhältnisse Anwendung.

Das Gesetz geht allgemein von der Thatsache aus, daß Mehreren ein Recht gemeinschaftlich zusteht. Eine solche Rechtsgemeinschaft ist eine Gemeinschaft nach Bruchtheilen, wenn sie den Vorschriften der §§ 742—758 entspricht.

Was eine Gemeinschaft nach Bruchtheilen ist, sagt das Gesetz seiner Gepflogenheit entsprechend nicht. Um dies zu bestimmen, muß man die einzelnen Sätze, welche für dieselbe gegeben sind, untersuchen.

I. Die Rechte der Theilhaber nach Außen.

§ 1. Die Verfügung über den Antheil.

Bei jeder Gemeinschaft nach Bruchtheilen stehen nach § 742 den einzelnen Berechtigten, den Theilhabern Antheile zu. Antheil bezeichnet ganz allgemein entsprechend der gemeinrechtlichen pars [1]) quota, dasjenige, was von der Gemeinschaft zum Vermögen des einzelnen Theilhabers gehört. Aus § 741 ergiebt sich, daß der Antheil ein Bruchtheil ist, also nicht etwas körperlich Getheiltes, sondern ein gedachter rechnungsmäßiger Theil eines Ganzen [2]). Was das Ganze ist, an welchem die Antheile bestehen, sagt das Gesetz nicht ausdrücklich. Im § 741 spricht es von einem gemeinschaftlichen Recht, im § 743 und den folgenden dagegen stets von einem gemeinschaftlichen Gegenstand. Der letztere Ausdruck ist indessen, ebenso wie im Sprachgebrauche des gemeinen Rechts [3]) nur eine abgekürzte Bezeichnung für „Gegenstand des gemeinschaftlichen Rechts" [4]).

Der Antheil besteht also an dem gemeinschaftlichen Rechte. Ob das Recht hierbei als getheilt anzusehen ist, ist weiter unten zu erörtern.

Das Antheilsrecht ist inhaltlich dasselbe, wie das Recht des Alleinberechtigten. Das ergiebt sich insbesondere daraus, daß beim Miteigenthum, welches nach B. G. B. eine Rechts-

1) Anders von Seeler, Miteigenthum nach B. G. B., S. 196 fg., nach dessen Auffassung das Wort „Bruchtheil" oder „Antheil" sich nicht mit der römischen pars deckt.

2) Windscheid, Pandekten § 142, 4. Wächter im Arch. f. c., Pr. 27, S. 157 f.

3) Dernburg, Pandekten I § 195 S. 454.

4) Protokolle III, S. 774; ebenso v. Liebe. Sachenrechtliche Erörterungen zu dem Entwurfe des B. G. B.

gemeinschaft nach Bruchtheilen ist, dem Wortlaut des § 1008 gemäß allen Betheiligten „Eigenthum" zusteht. Der Miteigenthumsantheil ist also begrifflich Eigenthum [6]).

Der erste Entwurf hatte dies in seinem § 948 ausdrücklich ausgesprochen. Die II. Commission hat den § sachlich gebilligt ihn aber gestrichen [7]).

Der für den Miteigenthumsantheil geltende Grundsatz muß in Ermangelung besonderer Bestimmungen allgemein Anwendung finden.

Jeder Theilhaber kann nun nach § 747 Satz 1 „über seinen Antheil verfügen" [8]). Seine Berechtigung in Bezug auf den Antheil ist dieselbe, wie die des Alleinberechtigten in Bezug auf den ganzen Gegenstand [9]). Der Antheil ist ein selbständiges Vermögensobject. Gesetzliche Verfügungsbeschränkungen, denen der ganze Gegenstand unterworfen ist, beschränken auch die Verfügung über den Antheil. Insbesondere ist ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, regelmäßig nichtig.

Im Einzelnen ist der Antheil

a. frei äußerlich. Jeder Theilhaber kann auch gegen den Willen der sämmtlichen übrigen durch Veräußerung seines Antheils einen Dritten in die Gemeinschaft hineinbringen, ohne Rücksicht darauf, ob hierdurch die Interessen der Gemeinschafter geschädigt werden. Da das Antheilsrecht veräußerlich

---

5) Vgl. § 12.

6) Ebenso Diez, Miteigenthum S. 3.

7) Motive III, S. 438; Protokolle III, S. 276.

7) Eine Definitive des Begriffes „Verfügung" giebt das Gesetz nicht. Man versteht darunter diejenigen Rechtsgeschäfte, durch welche unmittelbar ein Recht übertragen, belastet, geändert oder aufgehoben wird. Vgl. Planck, Kommentar I, S. 148 n. 4. Neumann, Kommentar I, S. 45.

9) Anders bei der Gesellschaft, bezüglich welcher der § 719 bestimmt, daß ein Gesellschafter weder über seinen Antheil am Gesellschaftsvermögen noch über seinen Antheil an den einzelnen Gegenständen verfügen kann.

ist, können die Theilhaber nicht mit Wirkung gegen Dritte vereinbaren, daß die Verfügungsbefugniß über dasselbe in irgend einer Beziehung, nicht nur in bezug auf die Veräußerung, wegfallen soll[10]). Denn der § 137 B. G. B. bestimmt, daß die Befugniß zur Verfügung über ein veräußerliches Recht nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden kann. Der Erwerb eines Dritten wird daher durch Kenntniß von der rechtsgeschäftlichen Verfügungsbeschränkung nicht beeinträchtigt. Die Vereinbarung erzeugt lediglich einen Anspruch auf Schadensersatz eventuell auf Vertragsstrafe gegen den zuwiderhandelnden Theilhaber.

Da das Antheilsrecht begrifflich dasselbe ist, wie das Recht des Alleinberechtigten, so gelten für die Form der Veräußerung dieselben Vorschriften wie für die Veräußerung des ganzen Rechts. Sie ist daher verschieden je nach der Art des Antheilsrechts. Ein Miteigenthumsantheil wird gemäß §§ 929—931 durch Uebergabe und Einigung oder durch constitutum prossessorium oder Abtretung des Anspruches auf Herausgabe übertragen; ein Antheil an einem Forderungsrecht durch Abtretung.

b. Jeder Theilhaber kann seinen Antheil mit dinglichen Rechten belasten. Ausdrücklich erwähnt sind vom Gesetz Pfandrecht und Nießbrauch an dem Miteigenthumsantheil an einer beweglichen Sache[11]). Ferner

---

10) Ebenso Kuhlenbeck S. 150, Neumann S. 344, Giercke S. 58, Planck S. 489, 1.

Anders Scherer, Kommentar II, S. 1047, 3: Nach dessen Ansicht haben derartige Vereinbarungen auf Grund des § 751 dingliche Wirksamkeit; der § 751 bezieht sich auf die Vereinbarungen, durch welche das Recht der Theilhaber, Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, ausgeschlossen wird. Durch Veräußerung eines Antheils an einen Dritten wird aber die Gemeinschaft nicht aufgehoben.

11) §§ 1066, 1258.

kann der Miteigenthumsantheil an einem Grundstücke mit einer Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld, Reallast oder mit einem Vorkaufsrecht belastet werden [12]). Welche dinglichen Rechte im Einzelfalle an einem Antheil bestellt werden können, ist nach der Art des betreffenden Antheilrechtes und der Natur des betreffenden dinglichen Rechtes zu bestimmen [13]).

Mit dem Wesen der Grunddienstbarkeit ist z. B. unvereinbar, daß sie an dem Bruchstücke eines Grundstückes bestellt werden kann [14]). Das Gleiche ist der Fall bei den beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten und dem Erbbaurecht.

Die Form der Belastung kann nur nach den Umständen des Einzelfalles bestimmt werden. Bei der Verpfändung eines Miteigenthumsantheils an einer beweglichen Sache ist regelmäßig Uebertragung des Besitzers erforderlich. Die Verpfändung ist also Sachverpfändung nicht Rechtsverpfändung [15]).

c. Der Theilhaber kann seinen Antheil einseitig aufgeben. Dies ergiebt sich daraus, daß der Antheil wie ein gewöhnliches Vermögensobjekt behandelt wird. Es ist auch in der II. Kommission ausdrücklich anerkannt [16]). Im gemeinen Rechte ist sehr bestritten, ob beim Miteigenthum in Folge der Dereliktion der Antheil herrenlos wird oder ob Accrescenz zu Gunsten der übrigen Theilhaber eintritt. Die neuerdings herrschende Ansicht verneint die

12) §§ 1114, 1192, 1199, 1106, 1095. Der Alleineigentümer kann einen Bruchtheil nicht mit diesen Rechten belasten.

13) Ueber die dingliche Belastung eines Miteigenthum-Antheils, vgl. von Seeler, Miteigenthum nach B. G. B. S. 47—72.

14) Der dies ausdrücklich aussprechende § 968 des I. Entwurfes wurde als selbstverständlich gestrichen. Protokolle III S. 310.

15) Vgl. Motive III, S. 494: ebenso Biermann, Das Sachenrecht des B. G. B. S. 288.

16) Protokolle II, S. 748; ebenso Planck II, S. 489, 1.

Accrescenz[17]). Aus dem B. G. B. läßt sich unmittelbar eine Entscheidung der Frage nicht entnehmen. Der Gesetzgeber ist indessen davon ausgegangen, daß ein allgemeines Anwachsungsrecht nicht angenommen werden könne, daß Anwachsung vielmehr nur eintrete, wenn sie besonders zugelassen sei[18]). Dies ist für die Gesellschaft in § 728, für die Miterben, in §§ 2094 2095 und für die mehreren Vermächtnißnehmer in § 3158 bestimmt. Der aufgegebene Antheil wird also herrenlos. Da er begrifflich dasselbe ist, wie das ganze Recht, müssen die bei Aufgabe des letzteren geltenden Vorschriften zur Anwendung kommen. Der Miteigenthumsantheil an beweglichen Sachen insbesondere unterliegt nach § 958 der Aneignung, derjenige an Grundstücken aber nach § 928 nur dem Aneignungsrechts des Fiskus.

d. Der Veräußerlichkeit des Antheils entspricht es, daß derselbe dem Zugriffe der Gläubiger eines Theilhabers unterliegt. Der Antheil kann nach § 751 gepfändet werden.

In welcher Form die Zwangsvollstreckung geschieht, ist lediglich nach den Umständen des Einzelfalles zu entscheiden. Allgemein kann nur die Frage erwähnt werden, ob die Pfändung stets Rechtspfändung sein muß oder gegebenen Falles auch Sachpfändung sein kann. Im gemeinen Rechte bestehen Zweifel, doch wird hier überwiegend die Möglichkeit einer Sachpfändung verneint[19]). Für das B. G. B. ist die Frage bestritten. Bei folgerichtiger Durchführung des Grundsatzes, daß der Antheil inhaltlich dasselbe sei, wie das Recht des Allein-

17) v. Seeler, S. 65 fg.; Eck, Die sogenannten doppelseitigen Klagen des römischen und gemeinen Rechtes, S. 94; anders freilich Windscheid, S. 169a n. 5, Dernburg I, § 195 n. 6.

18) Protokolle III, S. 748; ebenso Planck, S. 489, 1 und von Seeler, Miteigenthum nach B. G. B., S. 103 n. 2.

19) Diez, Die Lehre vom Miteigenthum, S. 32.

berechtigten, müßte man dazu gelangen, für die Pfändung des Antheils stets dieselbe Form zu verlangen, wie für die Pfändung des ganzen Gegenstandes. Ein Miteigenthumsantheil an einer beweglichen Sache müßte dann nach §§ 808—827 C.-P.-O. gepfändet werden [20]). Indessen muß für die Pfändung eine Ausnahme anerkannt werden. Darauf weist schon die Ausdrucksweise des § 750 hin. Die Pfändung erfolgt nicht in den Bruchtheil des Gegenstandes, sondern in den Antheil, d. h. in den Komplex der dem einzelnen Theilhaber zustehenden Rechte [21]). Ob auch die dem Theilhaber aus der Gemeinschaft zustehenden Forderungen gepfändet werden können, ist zweifelhaft und kann nur nach den Umständen des Einzelfalles entschieden werden. Gegen die allgemeine Annahme einer Sachpfändung spricht auch der Umstand, daß bei derselben regelmäßig Schwierigkeiten daraus entstehen werden, daß der Schuldner nicht im Alleinbesitze des Gegenstandes ist. Die Pfändung eines Antheils muß also, abgesehen von besonderen Vorschriften für den einzelnen Fall, nach den Bestimmungen der Civilprozeßordnung über die Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte erfolgen.

§ 2. Die Verfügung über den gemeinschaftlichen Gegenstand.

Das Recht des einzelnen Theilhaber nach Außen erschöpft sich in der Verfügung über seinen Antheil. Ueber den gemeinschaftlichen Gegenstand können die Theilhaber nach

---

20) Diese Auffassung vertritt Scherer, Kommentar zum B. G. B. II, S. 1038, mit der Begründung, daß ein Gemeinschaftsantheil als solcher nicht existiere. Aber der Antheil ist ein selbstständiges Vermögensobjekt.

21) Ebenso Neumann, S. 342 III, 1. Durch die besondere Bestimmung des § 864, 2 der C.-P.-O. ist die Zwangsvollstreckung in den Antheil eines Nutzeigenthümers eines Grundstücks Sachpfändung; sie erfolgt „in den Bruchtheil eines Grundstücks".

§ 747 Abs. 2 nur gemeinschaftlich verfügen[22][23]). Zur Uebertragung des gemeinschaftlichen Gegenstandes, sowie zur Bestellung eines dinglichen Rechtes bedarf es der Mitwirkung sämmtlicher Theilhaber. Wenn einer derselben seine Mitwirkung verweigert, muß das beabsichtigte Rechtsgeschäft unterbleiben. Den übrigen ist keine Möglichkeit gegeben, die Mitwirkung des einzelnen zu erzwingen, der Gemeinschaft fehlt nach außen jede Organisation.

In gleicher Weise haben Verträge, welche sich auf den gemeinschaftlichen Gegenstand beziehen, die beabsichtigte Wirksamkeit nur, wenn sie von sämmtlichen Theilhabern abgeschlossen sind. Anstatt das betreffende Rechtsgeschäft gemeinschaftlich vorzunehmen, können die Theilhaber sich nach allgemeinen Grundsätzen vertreten lassen.

Wenn ein Theilhaber ohne Einwilligung der übrigen über den gemeinschaftlichen Gegenstand verfügt, ist diese Verfügung den Genossen gegenüber, die nicht eingewilligt haben, unwirksam. Der Mitkontrahent kann nur insoweit Rechte an dem gemeinschaftlichen Gegenstande erwerben, als das Recht des verfügenden Theilhabers reicht, sofern ihm nicht im Einzelfalle die Vorschriften über den Erwerb im guten Glauben zur Seite stehen. Der Mitkontrahent, welcher glaubt, der Veräußernde sei Alleineigenthümer, erwirbt das Eigenthum an dem ganzen gemeinschaftlichen Gegenstande. Denn nach § 935 wird der gutgläubige Erwerber einer Sache Eigenthümer, wenn der Veräußerer überall nicht Eigentümer

---

22) Princip der gesammten Hand. Planck im Archiv f. c. Pr. Bd. 28, S. 338.

23) Ebenso im gemeinen Rechte. Wenn daher eine hypothekarische Forderung auf mehrere Erben übergeht, so kann ein Miterbe die Umschreibung auch nur des ihm zufallenden Antheils einer Forderung nicht ohne die Mitwirkung der anderen Miterben verlangen. Denn der Hypothekenschein ist eine gemeinschaftliche Urkunde, über welche nicht allein von einem Miterben verfügt werden kann. Vgl. Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege. Bd. 3, S. 256.

war und dies muß sicherlich auch dann der Fall sein, wenn der Veräußerer nur theilweise Eigenthümer war[24]).

Eine obligatorische Verpflichtung, welche ein Theilhaber in Ansehung des ganzen Gegenstandes übernimmt, ist nach allgemeinen Grundsätzen gültig. Sie wirkt lediglich unter den Kontrahenten.

Daraus, daß die Theilhaber über den Gegenstand gemeinschaftlich verfügen können, ergiebt sich unmittelbar, daß eine Zwangsvollstreckung in denselben nur auf Grund eines gegen alle Theilhaber gerichteten Titels möglich ist.

Wie das Zusammenwirken der Theilhaber sich im Einzelfalle gestaltet, bestimmt sich nach den für das betreffende Recht geltenden Vorschriften.

II. Die Rechte der Theilhaber nach innen.

§ 3. Die Nutzungen des gemeinschaftlichen Gegenstandes.

A. Der Gebrauch.

Das B. G. B. unterscheidet zunächst zwischen Gebrauch und Verwaltung des Gemeinschaftsobjekts. Gebrauchshandlungen sind im Gegensatz zu Verwaltungshandlungen solche, durch welche die Substanz des gemeinschaftlichen Gegenstandes nicht angetastet wird.

Jeder Theilhaber ist nach § 743 Abs. 2 zum Gebrauche des gemeinschaftlichen Gegenstandes insoweit befugt, als nicht der Mitgebrauch der übrigen Theilhaber beeinträchtigt wird. Das B. G. B. ordnet also den Gebrauch des gemeinschaftlichen Gegenstandes in derselben Weise, wie er nach der herrschenden

---

24) Ebenso von Seeler, Miteigenthum nach B. G. B., S. 39 fg., der mit Recht hervorhebt, daß der Schutz des gutgläubigen Erwerbers nur dann eintreten kann, wenn der veräußernde Miteigenthümer zur Zeit der Uebergabe alleiniger unmittelbarer Besitzer war, denn andernfalls wäre dem mitbesitzenden Eigenthümer der Besitz der Sache ohne seinen Willen abhanden gekommen und daher durch den § 735 B. G. B. ein Eigentumsübergang ausgeschlossen.

Ansicht im gemeinen Rechte geordnet ist[25]). Der § 743 bestimmt, daß grundsätzlich der einzelne Theilhaber, unabhängig von der Zustimmung der übrigen, ein Recht auf den Gebrauch hat, während zur Verwaltung die Theilhaber nur gemeinschaftlich befugt sind. Der einzelne Theilhaber hat das Recht des Gebrauches nur, insoweit nicht der Gebrauch der übrigen dadurch beeinträchtigt wird. Dies ist nach den Umständen des Einzelfalles zu entscheiden. Es kommt auf die Art und den Umfang des gemachten Gebrauches und auf die natürliche Beschaffenheit des Gegenstandes an. Zweifellos ist der Mitgebrauch der übrigen nicht beeinträchtigt, wenn neben dem Gebrauche des einzelnen gleichzeitig ein gleicher Gebrauch der übrigen möglich ist. So hat z. B. jeder Theilnehmer das Recht, auf einem gemeinschaftlichen See Boot zu fahren, in einem gemeinschaftlichen Parke zu gehen. Fraglich ist aber z. B. ob der eine von zwei Miteigenthümern eines Hauses ohne weiteres in das eine Stockwerk desselben einziehen darf, wenn auch das andere Stockwerk einen ebensogroßen Miethswerth hat[26]). Für die Verneinung der Frage wird angeführt, daß jeder Theilhaber das gleiche Recht habe, in das eigenmächtig bezogene Stockwerk einzuziehen wie der andere. Dieses Recht sei ihm durch den zuvorgekommenen Theilhaber entzogen[27]). Indessen kann nicht zugegeben werden, daß hier der Mitgebrauch des einen Theilhabers „beeinträchtigt" ist. Dies ist nur der Fall, wenn der Gebrauch, welcher den übrigen neben dem Gebrauche des einzelnen Theilhabers noch möglich ist, nach den Anschauungen des Verkehrs einen geringeren Werth hat. Denn ob der Mitgebrauch beeinträchtigt worden ist oder nicht, muß dem Grundsatze des § 242 entsprechend nach einem objektiven Maßstabe entschieden werden. Man müßte andernfalls auch eine Beeinträchtigung des Gebrauches annehmen, wenn das bessere, obere Stockwerk für einen Theilhaber freigeblieben wäre, der lieber unten wohnen möchte.

25) Windscheid § 169 a. n. 3. 4. Seufferts Archiv VIII, n. 345, XVI n. 194, XXIV n. 300.

26) Dies verneint Rümelin in Iherings Jahrb. XXVIII S. 464.

27) Rümelin a. a. O.

Nach der anderen Auffassung würde auch ein einzelner Theilhaber in den meisten Fällen kein Recht auf Gebrauch haben, da selten ein Gegenstand eine „unbegrenzte Gebrauchsmöglichkeit“ [28]) gewährt.

Dem einzelnen Theilhaber, der sich benachtheiligt glaubt, steht es frei, die Aufhebung der Gemeinschaft zu betreiben [29]), er kann aber den berechtigten Einzel-Gebrauch eines Theilhabers nicht hindern. Doch kann das Gebrauchsrecht des Einzelnen durch die weiter unten zu erörtenden Maßregeln der Majorisirung und der richterlichen Anordnung beseitigt werden, weil durch dieselben eine Art der Benutzung des gemeinschaftlichen Gegenstandes festgesetzt werden kann, welche ein Gebrauchsrecht des Einzelnen ausschließt, z. B. der gemeinschaftliche Park wird verpachtet.

Insoweit ist das Gebrauchsrecht des Einzelnen schutzlos; dagegen kann ihm ein Schutz gegenüber eigenmächtigen Störungen anderer Theihaber nicht versagt werden. Wenn diese Störung des Gebrauchsrechtes eine derartige ist, daß dem gestörten Theilhaber jeder Mitbesitz dadurch entzogen wird, so ist ihm zweifellos ein Besitzschutz gegenüber dem Störenden gegeben [30]). Wenn der sein Gebrauchsrecht ausübende Theilhaber dagegen nur bezüglich des Umfanges seines Rechts und bezüglich der Art und Weise der Ausübung gestört wird, so hat er keinen possessorischen Schutz, denn der § 866 bestimmt, daß unter Mitbesitzern die Besitzklagen ausgeschlossen sind, wenn es sich um die Grenzen des dem Einzelnen zustehenden Gebrauches handelt. Bei einer Kollision zwischen dem selbstständigen Gebrauchsrechte eines Theilhabers und demjenigen eines anderen muß aber stets ein Mitbesitzverhältniß vorliegen. Die Frage, ob das Handeln des in Ausübung seines behaupteten Gebrauchsrechtes gestörten Theilhabers ein rechtmäßiges ist, kann daher nicht im Wege des Besitzprocesses entschieden werden,

28) Rümelin a. a. O.

29) Eventuell unter Berufung auf das Vorhandensein eines wichtigen Grundes: § 749, Abs. 2.

30) Denkschrift S. 127, ebenso von Seeler, Miteigenthum nach B. G. B., S. 17 und 18.

vielmehr müssen solche Streitigkeiten auf petitorischem Wege zum Austrag gebracht werden [31]). Auf den Widerspruch eines Theilhabers muß der beanspruchte Gebrauch des andern einstweilen unterbleiben. Der Verbietende wird possessorisch geschützt und nicht der Gebrauchende.

Wenn die vom Gesetze für das Gebrauchsrecht eines Theilhabers geforderte Voraussetzung nicht vorhanden ist, steht der Gebrauch, der Gemeinschaftlichkeit des Rechtes entsprechend, den Theilhabern gemeinschaftlich zu. Eine jede Gebrauchshandlung kann dann nur mit dem Willen aller vorgenommen werden, geschieht sie ohne diesen, kann jeder der übrigen Theilhaber Unterlassung verlangen [32]).

B. Die Früchte.

„Jedem Theilhaber gebührt, nach § 743 Abs. 1 ein seinem Antheile entsprechender Bruchtheil der Früchte." Das Gesetz setzt voraus, daß Früchte gezogen werden. Die Fruchtziehung ist keine Gebrauchshandlung in dem oben erörterten Sinne und kann daher nicht von einem einzelnen Theilhaber als selbstständiges Einzel-Recht ausgeübt werden. Ob eine Fruchtziehung erfolgt und inwieweit dem einzelnen Theilhaber auf die Fruchtziehung eine Einwirkung gestattet ist, gehört vielmehr zur Verwaltung des gemeinschaftlichen Gegenstandes und ist weiter unten zu erörtern. Aus der Fassung des Gesetzes — dem Theilhaber „gebührt" — ergiebt sich, daß der einzelne Theilhaber nicht schon kraft Gesetzes die Verfügungsbefugniß über einen Bruchteil der Früchte hat, sondern daß ihm derselbe erforderlichen Falles erst übertragen werden muß. In den meisten Fällen werden die Früchte aber ohne weiteres

---

31) Protokolle III, S. 746, Motive III, S. 115.

32) Ebenso Planck II, S. 486. Kuhlenbeck I, S. 508, zu § 743. Der Satz melior est condicio prohibentis hat allgemeine Geltung, es sei denn, daß die Prohibition eine derartige ist, daß sie eine völlige Besitzentziehung darstellt, gegenüber demjenigen, gegen welchen sie sich richtet.

in das Miteigenthum der Theilnehmer fallen[33]). Dann hat der Einzelne die aus dem Miteigenthumsverhältnisse sich ergebenden Rechte. Insbesondere kann er zur Realisirung seines Antheils die Aufhebung des Miteigenthumsverhältnisses gemäß §§ 752, 753 betreiben[34]). Der Bruchtheil an den Früchten ist — rechnungsmäßig — ebenso groß wie der Antheil an dem fruchttragenden Gegenstande[35]). Die Größe dieses Antheils wird bestimmt durch die Art der Entstehung der Gemeinschaft. Die betreffenden Vorschriften gehören daher nicht dem Gemeinschaftsrechte an[36]). Letzteres enthält nur im § 742 den Satz, daß in Ermangelung einer anderweitigen Regelung den einzelnen Theilhabern gleiche Antheile zustehen.

Wenn eine Frucht nicht im Miteigenthum der sämmtlichen Theilhaber steht, geht der Anspruch desjenigen, der nicht oder nicht zu dem ihm gebührenden Bruchtheil Miteigenthümer ist, auf Uebertragung des ihm gebührenden Antheilrechtes gegen denjenigen, der mehr als das ihm Gebührende erworben hat. Der Anspruch ist ein rein obligatorischer[37]).

§ 4. Die Verwaltung des gemeinschaftlichen Gegenstandes.

Der § 744 Abs. 1 bestimmt: „Die Verwaltung des gemeinschaftlichen Gegenstandes steht den Theilhabern gemein-

33) Das ist der Fall insbesondere bei mehreren Eigenthümern und bei mehreren Nießbrauchern, denn nach den §§ 953 und 954 gehören die Erzeugnisse einer Sache auch nach der Trennung regelmäßig dem Eigenthümer der Sache und der dingliche Nutzungsberechtigte erwirbt regelmäßig das Eigenthum an den Erzeugnissen mit deren Trennung.

34) Siehen unten § 7.

35) Diese Vorschrift ist dispositiver Natur. Die Theilhaber können daher einen anderen Maßstab für die Berechtigung vereinbaren. Diese Vereinbarung ist als Verwaltungsmaßregel aufzufassen und wirkt als solche insbesondere gegen die Sondernachfolge. Mot. II, S. 877, siehe unten § 4.

36) Z. B. die §§ 947, 948.

37) Ebenso Giercke, Personengesammtheiten und Vermögensinbegriffe nach dem Entwurfe eines B. G. B., S. 56.

schaftlich zu." Was unter Verwaltung zu verstehen sei, sagt das Gesetz nicht. Darunter fallen alle Handlungen in Bezug auf den gemeinschaftlichen Gegenstand, die nicht als Verfügung über denselben gelten, insbesondere die Regelung der Benutzung des gemeinschaftlichen Gegenstandes, soweit sie den einzelnen Theihabern entzogen ist, die Fruchtziehung und jede Veränderung, welche an demselben vorgenommen wird. Welche Rechte die einzelnen Theilhaber in dieser Beziehung haben, wird neben § 744 durch § 745 bestimmt. Das aus § 744 zu entnehmende Prinzip ist das der Selbstständigkeit jedes Theilhabers nach innen: potior est conditio prohibentis[39]). Jeder muß bei einer Verwaltungsmaßregel zugezogen werden; daraus ergiebt sich, daß ein ohne seine Zustimmung abgeschlossenes Rechtsgeschäft[40]) ihm gegenüber unwirksam ist und daß der handelnde Theilhaber sich nicht auf das bloße Fehlen eines Widerstandes berufen kann. Wenn eine Veränderung des Gegenstandes ohne die Zustimmung eines Theilhabers vorgenommen worden ist, kann dieser die Beseitigung von den Urhebern verlangen. Eine Beschränkung dieses Anspruches, wie sie das gemeine Recht kennt, in der Weise, daß die Beseitigung einer Veränderung nur gefordert werden kann, si toti societati prodest opus tolli[41]) ist dem B. G. B. fremd[42]). Das Recht an dem gemeinschaftlichen Gegenstand besteht mithin ebenso wie im gemeinen Rechte aus einer Summe von selbstständigen Einzelnenrechten, deren Inhaber grundsätzlich in keinem Abhängigkeitsverhältnis von einander stehen: jeder hat ein jus prohibendi, aber grundsätzlich auch nur ein jus prohibendi. Ohne ein Zusammenwirken der Theilhaber ist ein Gebrauch der einzelnen Theilhaber nur in dem oben erörterten beschränkten Umfang möglich. Bürgerliche Früchte können überhaupt nur gemeinschaftlich gezogen werden.

---

38) Siehe oben § 3.

39) Ebenso im gemeinen Rechte. Dernburg, Pandekten I, § 196 e.

40) Z. B. die Vermiethung eines gemeinschaftlichen Hauses.

41) Windscheid § 169, n. 3 e.

42) Rümelin S. 470.

Eine Verpflichtung zur Erteilung der Zustimmung zu zweckmäßigen Verwaltungshandlungen besteht nicht. Daher kann auch die Zustimmung nicht im Wege der Klage erzwungen werden[43]). Die Theilhaber werden dadurch zu einer vertragsmäßigen Ordnung der Verwaltung gedrängt. Sie können insbesondere einem von ihnen oder einem dritten die Verwaltung übertragen; dann ergeben sich die Rechte des Einzelnen aus dem Vertrage bezw. aus den Vorschriften über den Auftrag in §§ 692 fg.

Da an sich Einstimmigkeit zu einem solchen Vertrage wie zu jeder einzelnen Verwaltungshandlung erforderlich ist, würde eine Verwaltung in vielen Fällen unmöglich werden. Das Gesetz hat daher unter gewissen Voraussetzungen ein Verwaltungsrecht sowohl zu Gunsten der Mehrheit als eines Theilhabers und insoweit eine Organisation der Gemeinschaft nach innen geschaffen: die Zustimmung der übrigen Theilhaber kann in gewissen Fällen erzwungen werden.

Nach § 745 „kann durch Stimmenmehrheit eine der Beschaffenheit des gemeinschaftlichen Gegenstandes entsprechende ordnungsmäßige Verwaltung und Benutzung beschlossen werden". Eine absolute Majorität ist erforderlich, da dieselbe gemäß § 745 Abs. 2 nach der Größe der Antheile berechnet wird[44]). Eine solche kann also nur vorhanden sein, wenn den für den Beschluß stimmenden Theilhabern mehr als die Hälfte des Gemeinschaftsvermögens gehört.

Die Erfordernisse des § 745 müssen thatsächlich vorhanden sein. Die geplante Verwaltungsmaßregel muß also objektiv ordnungsmäßig sein und der Beschaffenheit des gemeinschaftlichen Gegenstandes entsprechen. Dies ist Bedingung der Wirksamkeit des Beschlusses[45]). Es genügt nicht, daß die Mehrheit die Voraussetzungen für gegeben hält.

---

43) Diese Härten werden gemildert durch das demnächst zu erörternde Majorisirungsprincip und durch den Anspruch auf richterliche Regelung der Verwaltung und Benutzung.

44) Motive II, S. 876; ebenso Matthias I, S. 614.

45) Motive II, S. 876.

Ein bestimmtes Verfahren ist für die Herbeiführung des Mehrheitsbeschlusses nicht vorgeschrieben. Daher kann kein Theilhaber verlangen, gehört und bei der Abstimmung zugezogen zu werden. Ein Beschluß ist wirksam, sobald die Mehrheit ihn gefaßt hat, auch ohne daß jeder einzelne Theilhaber Kenntniß von der beschlossenen Maßregel hat.

Eine Benachtheiligung der einzelnen Theilhaber kann dadurch nicht eintreten. Denn, wie schon erwähnt, ist absolute Majorität erforderlich, und zwar eine solche Majorität, welche nach Größe der Antheile berechnet wird. Es hätte also für die Minderheit keine Bedeutung, wenn ihr auch die Möglichkeit abweichender Meinungsäußerung gegeben würde, da sie von denjenigen Mitgliedern, welche überhaupt einen gültigen Mehrheitsbeschluß zu Stande bringen können, stets überstimmt werden könnte. Weiter sind die in der Minderheit verbliebenen Theilhaber, auch wenn sie bei der Abstimmung nicht zugezogen werden, in der Lage, den Mangel einer Voraussetzung für die Gültigkeit eines Mehrheitsbeschlusses rechtzeitig zur Geltung zu bringen. Dies ergiebt sich aus der weiter unten zu erörternden Art der Wirksamkeit des Mehrheitsbeschlusses [46]).

---

46) Auf die hier vertretene Auffassung weisen auch die Verhandlungen der II. Kommission hin: in den Protokollen II, S. 749, wird der Fall als möglich hingestellt, daß der einzelne Theilhaber von den zwecks Verwaltung, Benutzung und Erhaltung beschlossenen und ausgeführten Maßregeln nichts gewußt habe. Anders freilich von Seeler, Miteigenthum nach B. G. B. S. 26, der, ohne eine Begründung zu geben, verlangt, daß allen Theilhabern die Möglichkeit gegeben werden müsse, an der Abstimmung und Berathung theilzunehmen. Ebenso Planck III, S. 487, der zur Entscheidung der Frage den § 709 heranzieht. Dort soll allerdings den in der Minderheit verbleibenden Gesellschaftern nach den Motiven II, S. 603. Gehör gewährt werden. Allein eine Gesellschaft ist anders, insbesondere erheblich fester organisirt als eine regelmäßig nicht für die Dauer bestimmte Gemeinschaft nach Bruchtheilen. Daher besteht kein Grund, Rechtssätze des Gesellschaftsrechts ohne weiteres auf die Gemeinschaft nach Bruchtheilen anzuwenden.

Ueber diese Wirkung giebt das Gesetz keine besonderen Bestimmungen. Zweifellos ergiebt sich aber schon aus der Fassung des Gesetzes, daß die Mehrheit nicht auf Grund des Beschlusses die Befugniß hat, ohne weiteres die beschlossene Maßregel auszuführen. Man darf annehmen, daß das Gesetz andernfalls den gewöhnlichen einfachen Ausdruck gebraucht haben würde: die Mehrheit ist „berechtigt". Ferner ist zu beachten, daß es sich bei allen Verwaltungsmaßregeln lediglich um das Verhältniß der Theilhaber unter einander nach innen handelt. Die in der Mehrheit befindlichen Theilhaber können daher nur von den in der Minderheit verbliebenen verlangen, daß diese zur Ausführung der beschlossenen Maßregel mitwirken oder ihre Zustimmung ertheilen[47]). Dieser Anspruch ist im Wege der Klage geltend zu machen. In diesem Processe kann der beklagte Theilhaber die Gültigkeit des Mehrheitsbeschlusses bemängeln. Die Kläger haben dann zu beweisen, daß die Voraussetzungen für die Gültigkeit des Beschlusses vorhanden sind. Auf diese Weise kann jeder Theilhaber, welcher der beschlossenen Verwaltungsmaßregel nicht zugestimmt hat, eine richterliche Nachprüfung derselben hinsichtlich ihrer Ordnungsmäßigkeit herbeiführen. Der Inhalt des in der Klage geltend gemachten Anspruches kann von der verschiedensten Art sein. Soll ein Rechtsgeschäft vorgenommen werden, z. B. der gemeinschaftliche Acker verpachtet werden, wird die Klage auf Einwilligung gehen, ebenso, wenn der gemeinschaftliche Gegenstand verändert werden soll. Die Minderheit, welche sich durch den Beschluß benachtheiligt glaubt, kann nach § 749 die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen und dadurch eventuell den Beschluß unwirksam machen[48]). Jeder Theilhaber kann, wenn die gesetzlichen

47) Planck II, S. 487.

48) Hervorzuheben ist noch einmal, daß ein solcher Mehrheitsbeschluß nur bei Verwaltungsmaßregeln möglich ist, also nur das Verhältniß der Theilhaber unter einander regeln kann. Die rechtsgeschäftliche Vertretung steht nach § 747 B. G. B. nur der Gesammtheit der Theilhaber zu.

Voraussetzungen des Beschlusses nicht vorhanden sind, die Ungültigkeit desselben richterlich feststellen lassen; das nach § 256 C. P. O. erforderliche Interesse an der Feststellung ist gegeben durch die Bestimmung des § 745 Abs. 2. Nach derselben kann der einzelne Theilhaber eine dem Interesse aller Theilhaber nach billigem Ermessen entsprechende Verwaltung und Benutzung verlangen, aber nur wenn keine Regelung derselben durch Vereinbarung oder Mehrheitsbeschluß, d. h. keine gültige Regelung, erfolgt ist [19]).

Das Verwaltungsrecht des einzelnen Theilhabers wird geltend gemacht gegen die sämmtlichen übrigen und muß gegen diejenigen, welche dem Verlangen widersprechen, im Wege des gewöhnlichen Prozesses durchgeführt werden. Darnach muß der Antrag gemäß § 253 C. P. O. die verlangten Verwaltungsmaßregeln bestimmt angeben und auf Verurtheilung des Beklagten zur Einwilligung in dieselben gehen. Das für den Mehrheitsbeschluß Gesagte findet auch hier Anwendung.

Dem Verwaltungsrecht der Mehrheit und des einzelnen Theilhabers sind durch § 745 Abs. 3 zwei Maßregeln entzogen. „Eine wesentliche Veränderung des Gegenstandes kann nicht beschlossen oder verlangt werden. Das Recht des einzelnen Theilhabers auf einen seinem Antheil entsprechenden Bruchtheil der Nutzungen kann nicht ohne seine Zustimmung beeinträchtigt werden". Für diese Fälle muß also der in § 744 Abs. 1 ausgesprochene Grundsatz wieder in Kraft treten, so daß die betreffende Maßregel nur bei Einstimmigkeit sämmtlicher Theilhaber durchgeführt werden kann. Was unter „wesentlicher Veränderung" zu verstehen sei, sagt das Gesetz nicht und ist daher nach den Umständen des einzelnen Falles mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu entscheiden. Bei Heranziehung der ensprechenden Vorschrift über den

49) Die Vorschrift bezweckt nach den Protokollen II S. 747 einen Schutz der einzelnen Theilhaber zu schaffen für den Fall, daß durch Chikane das Zustandekommen eines Mehrheitsbeschlusses verhindert wird. Insbesondere ist die Möglichkeit denkbar, daß die Mehrheit der Theilhaber sich weigert, bei einem Beschlusse mitzuwirken.

Nießbrauch[50]) dürfte sich jedoch ergeben, daß im Allgemeinen auch eine Veränderung der wirthschaftlichen Bestimmung wenn auch ohne Veränderung der Substanz unter den Begriff der wesentlichen Veränderung fällt[52]).

Zu bemerken ist, daß, wie aus der Fassung des Gesetzes zu entnehmen ist, nur das Recht des einzelnen Theilhabers auf den ihm zustehenden Bruchtheil an bereits gezogenen Früchten privilegirt wird dadurch, daß es der Majorisirung entzogen ist; die Mehrheit kann aber wirksam beschließen in welcher Art die Fruchtziehung erfolgen soll und ob überhaupt Früchte gezogen werden sollen[53]). Die Wirksamkeit eines Beschlusses, der die Fruchtziehung verhindern will, ist aber beschränkt durch das allgemeine Prinzip des § 745, welches sagt, daß der Beschluß eine ordnungsmäßige Verwaltung bezwecken muß und sonst ungültig ist. Das Recht des einzelnen Theilhabers auf die Früchte, welche nach den Regeln einer ordentlichen Wirtschaft gezogen werden müssen, kann also nicht verkümmert werden.

Hiernach ist zu jeder Verwaltungshandlung die Zustimmung sämmtlicher Theilhaber erforderlich, die unter gewissen Voraussetzungen erzwungen werden kann. Anders ist es nur, wenn es sich um Maßregeln handelt, die zur Erhaltung des gemeinschaftlichen Gegenstandes nothwendig sind. Jeder

---

50) §§ 1036, 1037.

51) Ebenso Scherer, S. 1046.

52) von Seeler, S. 21, nennt diese Vorschrift des § 745 eine „höchst bedenkliche" und führt eine Reihe von Fällen an, in denen die Ausführung eines im Interesse der Theilhaber liegenden Mehrheits-Beschlusses nicht erzwungen werden könne, weil derselbe eine wesentliche Veränderung des gemeinschaftlichen Gegenstandes darstelle. Indessen, was unter wesentlicher Veränderung zu verstehen ist, muß vor allem mit Rücksicht auf die Verkehrssitte bestimmt werden. von Seeler hält sich aber zu sehr an den Wortsinn, wenn er z. B. meint, die Miteigenthümer eines Landgutes könnten von dem Widersprechenden nicht die Zustimmung verlangen, dazu, daß das zur Nahrung der Leute bestimmte Getreide gemahlen werde.

53) Ebenso Planck, S 488.

Theilhaber ist nach § 744 Abs. 1 berechtigt, dieselben ohne Zustimmung der anderen Theilhaber zu treffen. Dieser Satz ist für das gemeine Recht bereits von Dernburg aufgestellt[54]). Er bezieht sich nur auf das Verhältniß der Gemeinschafter nach innen. Keineswegs ist dem einzelnen Theilhaber das Recht beigelegt im Namen der übrigen Rechtsgeschäfte zwecks Erhaltung des Gegenstandes abzuschließen z. B. einen Maurer mit der Reparatur eines baufälligen Gebäudes zu beauftragen.

Voraussetzung für das Recht des einzelnen Theilhabers ist, daß die vorzunehmende Erhaltungsmaßregel eine nothwendige ist. Das ist nach den Umständen des Einzelfalles unter Berücksichtigung des im § 242 aufgestellten allgemeinen Grundsatzes zu entscheiden[55]). Ob man von einer nothwendigen Erhaltungsmaßregel sprechen kann, wenn die Kosten derselben in keinem Verhältniß stehen zu dem Werthe des Gegenstandes erscheint zweifelhaft. Nach der Bedeutung des Wortes ist eine Erhaltungsmaßregel stets nothwendig, wenn ohne dieselbe die Sache untergegangen oder werthlos geworden wäre. Man darf indessen nicht am Wortsinne haften, sondern muß fragen, ob es nach der Auffassung des Verkehrs geboten war, die fragliche Maßregel vorzunehmen. Darnach hat der einzelne Theilhaber nicht das Recht, eine Erhaltungsmaßregel mit unverhältnißmäßig hohen Kosten zu treffen[56]). Wenn die Erhaltungsmaßregel nothwendig ist, kann jeder Theilhaber Ersatz seiner Auslagen von den übrigen nach Maßgabe des § 748 beanspruchen. Wenn sie nicht nothwendig ist, muß er die Veränderung an dem Gegenstande auf Verlangen der übrigen beseitigen und ist außerdem nach allgemeinen Grundsätzen schadensersatzpflichtig[57]).

Der Theilhaber kann zur Ausführung der nothwendigen Erhaltungsmaßregel ohne weiteres auf den gemeinschaftlichen

54) Pandekten § 196 d, Seite 456.

55) Nach Treu und Glauben, mit Rücksicht auf die Verkehrssitte.

56) Dies entspricht dem § 479,2 des H. G. B., wonach ein Schiff reparaturunwürdig ist, wenn die Kosten der Reparatur mehr betragen werden als drei Viertheile seines früheren Werthes.

57) Ebenso Planck II, S. 487,2.

Gegenstand einwirken: auch gegen den Widerspruch der übrigen. Diese müssen trotzdem zu den Kosten beitragen. Wenn sie aber der Ausführung der Erhaltungsmaßregel widersprechen, muß der Theilhaber sein Recht nach allgemeinen Grundsätzen im Wege der Klage und Zwangsvollstreckung durchführen. Das Besitzrecht des verbietenden Theilhabers genießt possessorischen Schutz, und im Wege des Besitzprozesses kann die Frage, ob eine nothwendige Erhaltungsmaßregel beabsichtigt ist, nicht entschieden werden. Eigenmächtiges Handeln kann nur gestattet sein, wenn die Voraussetzungen der Selbsthülfe nach § 229 gegeben sind [58]).

Da im Einzelfalle außerordentlich zweifelhaft sein kann, ob eine Erhaltungsmaßregel als notwendige anzusehen ist, andererseits die Vornahme derselben zu begünstigen ist, hat das Gesetz dem Theilhaber zu seiner Sicherung im § 744 Abs. 2 das Recht beigelegt „zu verlangen, daß die anderen Theilhaber ihre Einwilligung zu einer solchen Maßregel im Voraus ertheilen".

Dadurch sichert er sich insbesondere den Ersatz seiner Auslagen. Die Einwilligung kann nach den allgemeinen Vorschriften im Wege der Klage erzwungen werden [59]). Sie ist abweichend von der allgemeinen Regel des § 183 unwiderruflich, weil der Einwilligende auf Grund eines vertragsähnlichen Verhältnisses verpflichtet ist zu ertheilen [60]).

Eine besondere Bedeutung erhält die Regelung der Verwaltung durch die Vorschrift des § 746: „Haben die Theilhaber die Verwaltung und Benutzung geregelt, so wirkt die getroffene Vereinbarung auch für und gegen die Sondernachfolger" [60]). Hierin liegt eine wesentliche Abweichung vom gemeinen Rechte. Bei Veräußerung eines Antheils muß der

---

58) Ebenso im gemeinen Rechte: Wächter, Pandekten I, § 121. S. 272. Für das G. B. B. vertritt von Seeler, Miteigenthum, S. 18, denselben Standpunkt.

59) Vgl. Matthias I § 57, S. 228 IV.

60) Also auch gegen den Gläubiger, der den Antheil eines Gläubigers gepfändet hat Protokolle II, S. 754.

neue Theilhaber die vor seinem Erwerbe geschaffene Ordnung der Verwaltung gegen sich gelten lassen, mag sie durch Vereinbarung, durch Mehrheitsbeschluß oder auf Verlangen eines Theilhabers erfolgt sein; er darf seine Mitwirkung zur Vornahme eines Rechtsgeschäftes nicht versagen und muß die nach seinem Erwerbe entstandenen Kosten einer Verwaltungsmaßregel nach § 748 tragen.

Diese Bestimmung ist nur aus Zweckmäßigkeitsgründen von der II. Kommission in das Gesetz gebracht. Sonst hätte jede Verwaltungsmaßregel durch Veräußerung des Antheils seitens eines Theilhabers unwirksam gemacht werden können[61]). Durch die Wirksamkeit gegen die Sondernachfolge erscheint eine durch die Verwaltung geschaffene Ordnung als dingliche Belastung des Antheils. Sie wirkt falls nicht im Einzelfalle eine besondere Vorschrift eingreift, wie z. B. der § 936, auch gegenüber dem gutgläubigen Erwerber des Antheils[62]).

§ 5. Die Ansprüche auf persönliche Leistungen.

Ueber die praestationes personales bestimmt der § 748: „Jeder Theilhaber ist den anderen Theilhabern gegenüber verpflichtet, die Lasten des gemeinschaftlichen Gegenstandes sowie die Kosten der Erhaltung, der Verwaltung, sowie einer gemeinschaftlichen Benutzung nach dem Verhältnisse seines Antheils zu tragen".

Der Satz entspricht grundsätzlich der einschlagenden gemeinrechtlichen Vorschrift[63]). Er bezieht sich lediglich auf das Verhältniß der Theilhaber nach innen. Wie für die Vorteile, welche der gemeinschaftliche Gegenstand gewährt, die Größe der Antheile maßgebend ist, so sind sie es auch für die Pflichten.

Zunächst ergiebt sich aus dem § 748, daß einzelne Theilhaber die Bezahlung einer gemeinschaftlichen Schuld betreiben

61) Protokolle II, S. 755. Denkschrift S. 132.

62) Ein Antrag auf Einfügung einer besonderen Bestimmung zum Schutze des gutgläubigen Erwerbers ist in der II. Kommission abgelehnt worden.

63) Dernburg, Pandekten I § 797c. Windscheid § 449c.

und gegen jeden der übrigen auf Herausgabe des antheilsmäßigen auf denselben entfallenden Geldes klagen kann. Insbesondere bei einer Gesammtschuld hat der einzelne ein Interesse an der Bezahlung derselben.

Eine andere Frage ist, ob ein Theilhaber, der eine gemeinschaftliche Schuld ganz oder außer seinem Antheil noch denjenigen eines anderen bezahlte, auf Grund des § 745 einen besonderen Anspruch auf Ersatz gegen die durch die Bezahlung liberirten Theilhaber hat.

a. Wenn der (betreffende) Theilhaber mit dem Willen der übrigen gezahlt hat, liegt ein Auftragsverhältniß vor und seine Ersatzansprüche bestimmen sich nach den für letzteres geltenden Regeln.

b. Wenn er nicht mit dem Willen derselben eine Aufwendung gemacht hat, ist zu unterscheiden, ob er nur eine bereits bestehende Verbindlichkeit der Theilhaber erfüllt hat, oder ob die Aufwendungen entstanden sind in Ausführung einer selbstständig vorgenommenen Maßregel, deren Kosten er bezahlt hat. Im letzteren Falle kann er die übrigen Theilhaber zur Erstattung der über seinen Antheil hinaus gezahlten Kosten heranziehen, wenn er ein Recht zur Ausführung der Maßregel hatte, z. B. wenn dieselbe zur Erhaltung des gemeinschaftlichen Gegenstandes nothwendig war. Wenn er kein Recht zur Ausführung der Maßregel hatte, kann er nur nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag Ersatz seiner Auslagen fordern.

c. Wenn er ohne Zustimmung der Theilhaber eine bereits bestehende Verbindlichkeit derselben gezahlt hat, kommt es darauf an, ob die Schuld eine Gesammtschuld ist oder nicht. Nach § 427 wird in den meisten Fällen eine Gesammtschuld vorliegen. Dann hat der zahlende Theilhaber allgemein nach § 426 einen Ersatzanspruch gegen die übrigen[64]). Der

64) Endemann § 154, Matthias S. 425.

§ 745 bestimmt lediglich den Umfang derselben gegen die einzelnen nach der Größe ihrer Antheile.

d. Eine Schuld, die nicht Gesammtschuld ist, ist nach § 420 unter den Theilhabern nach gleichen Theilen getheilt. Wenn einer von drei Theilhabern nur zu $^1/_4$ an dem gemeinschaftlichen Gegenstande berechtigt ist, von dem Gläubiger aber nach § 420 auf $^1/_3$ der Schuld in Anspruch genommen ist, kann er von den Theilhabern, welche einen größeren Antheil haben, Ersatz des zuviel Gezahlten nach § 745 verlangen.

e. Ob ein Theilhaber, welcher freiwillig für alle Theilhaber oder für einen derselben eine getheilte Schuld bezahlte, auf Grund des § 745 Ersatz verlangen kann, ist bestritten.

Der Entwurf I hatte in seinem § 766 ausdrücklich einen Ersatzanspruch gegeben. Die Motive[65]) heben hervor, daß man entsprechend der gemeinschaftlichen actio communi dividundo einen von den Voraussetzungen der Geschäftsführung ohne Auftrag und der ungerechtfertigten Bereicherung unabhängigen Ersatzanspruch gegeben habe. Die II. Kommission hat die Bestimmung beibehalten[66]); sie ist aber von der Redaktionskommission gestrichen worden[67]): ob deswegen, weil man sie für selbstverständlich und daher für überflüssig gehalten hat, ist nicht ersichtlich. Planck ist der Ansicht, daß der § 745 in seiner jetzigen Form keinen allgemeinen Ersatzanspruch begründe. Ein solcher sei also nur gegeben, wenn die Voraussetzungen der Geschäftsführung ohne Auftrag vorhanden wären. Meißner[68]) erkennt dagegen einen Ersatzanspruch an. Die meisten Schriftsteller übergehen die Frage; aus dem gemeinen Rechte läßt sich für die Beantwortung der Frage nichts entnehmen, da auch dort über den Umfang des

65) II, S. 877.

66) Protokoll II, S. 748.

67) Planck II, S. 490.

68) Kommentar zum G. B. B., S. 226 zu § 748.

mit der actio communi dividundo geltend zu machenden Ersatzanspruchs Streit besteht[69]).

Der Auffassung Planck's stehen erhebliche Bedenken entgegen. Das Gesetz sagt nicht: wenn eine Vertheilung der Kosten eintritt, soll dieselbe nach Verhältniß der Antheile geschehen, sondern es sagt: es soll stets eine Vertheilung der Kosten eintreten und zwar eine antheilsmäßige. Jeder Theilhaber muß also zahlen. An wen er zahlt, ob an einen dritten Gläubiger oder an einen der Genossen, kann für ihn regelmäßig gleichgültig sein. Es kommt hinzu, daß ein Theilhaber, welcher eine Schuld der Gemeinschafter ganz zahlte, um den Geschäftsverkehr zwischen dritten und der Gemeinschaft zu vereinfachen, unter eigenem Nachtheil im Interesse der Gemeinschaft handelt; es entspricht der Billigkeit einen sicheren Ersatzanspruch zu geben. Nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag und der ungerechtfertigten Bereicherung hat er einen solchen nicht[70]).

Der Gesetzgeber *wollte* einen selbstständigen Ersatzanspruch des Theilhabers schaffen; der Wortlaut des Gesetzes weist nicht darauf hin, daß derselbe ausgeschlossen ist, es dürfte also gerechtfertigt erscheinen, ihn anzuerkennen.

Die Ansprüche auf praestationes personales sind grundsätzlich rein obligatorischer Natur, denn sie entspringen nicht aus der Thatsache der Gemeinschaft als solcher, sondern aus besonderen, während der Dauer der Gemeinschaft entstandenen Verpflichtungsgründen. Sie bestehen gegenüber demjenigen, der zur Zeit ihrer Entstehung Theilhaber der Gemeinschaft war, und können ihm gegenüber, sowohl während der Dauer der Gemeinschaft als auch nach Aufhebung derselben, geltend gemacht werden[71]). Durch Veräußerung seines Antheils wird der Schuldner von seiner Verbindlichkeit nicht befreit. Das nach § 756 zu Gunsten der praestationes personales bestehende Absonderungsrecht an dem Antheile des Schuldners

69) Windscheid § 449 n. 10. Dernburg I § 197 n. 9.

70) Motive II, S. 877.

71) Ebenso wie im gemeinen Rechte: Sintenis Civilrecht II § 122, S. 728.

bei Aufhebung der Gemeinschaft und dessen Wirksamkeit gegen den Sondernachfolger des Theilhaber-Schuldner ist weiter unten zu erörtern.

Wenn ein Theilhaber-Gläubiger seinen Antheil veräußert, gehen die praestationes personales nicht ohne weiteres auf den Erwerber über, da sie nicht aus der Thatsache der Gemeinschaft als solcher entspringen. Es bedarf daher zum Uebergang derselben einer besonderen Abtretung [72]).

§ 6. Das Recht auf Aufhebung der Gemeinschaft.

„Jeder Theilhaber kann, wie im gemeinen Rechte nach § 749 jederzeit die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen". Auch gegen den Willen der sämmtlichen übrigen Theilhaber kann ein einzelner die Auflösung der Gemeinschaft durchsetzen. Ohne Einfluß ist es auf das Aufhebungsrecht, ob durch die Auflösung gerade zu der Zeit, wo sie verlangt wird, die Interessen aller übrigen Theilhaber erheblich geschädigt werden. Der Gemeinschafter braucht auch den Schaden, welcher den übrigen dadurch erwächst, daß er die Aufhebung zur Unzeit verlangt, im Gegensatz zu der für die Gesellschaft nach § 723 geltenden Vorschrift nicht zu ersetzen. Nur bei dolosem Handeln ist er schadensersatzpflichtig nach allgemeinen Grundsätzen.

Die Regel des § 740 ist nur dispositiver Natur. Die Gemeinschafter können vereinbaren, daß die Gemeinschaft für eine bestimmte Zeit oder für immer von Bestand bleiben solle, sowie daß die Aufhebung erst eine bestimmte Zeit nach zuvor erfolgter Kündigung verlangt werden könne: der Vertrag ist für die Kontrahenten bindend, auch wenn er nur unter einigen Theilhabern abgeschlossen ist.

Trotz der Vereinbarungen hat aber jeder Theilhaber das Recht, sofortige Aufhebung zu verlangen, wenn ein wichtiger Grund vorhanden ist. Ein Verzicht auf dieses Recht ist nach Absatz 3 des § 749 nichtig, die Vertragsfreiheit also insoweit beschränkt. Wann ein Grund als richtiger angesehen werden muß, ist nach den Umständen des Einzelfalles zu entscheiden.

72) Protokolle II, S. 766.

Es genügt, wenn für einen der Theilhaber der Grund ein wichtiger ist.

Wenn das Aufhebungsrecht auf eine bestimmte Zeit ausgeschlossen ist und innerhalb desselben ein Theilhaber stirbt, können sowohl die Erben als auch jeder der übrigen nach § 750 trotz der Vereinbarung die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen sofern nicht im Vertrage besonders bestimmt ist, daß die Gemeinschaft auch in diesem Falle von Bestand bleiben solle.

In der thatsächlichen Fortsetzung der Gemeinschaft nach Eintritt des Todesfalles kann indessen nach den Umständen des Falles ein Verzicht auf dieses Recht gefunden werden.

Wenn die Gemeinschaft für immer ausgeschlossen ist, hat der Tod eines Theilhabers unmittelber keine Wirkung. Indessen ist möglicher Weise nach Lage der Sache darin ein wichtiger Grund zu erblicken, der einen der Theilhaber zur Aufhebung berechtigt.

Der Vertrag, binnen einer gewissen Zeit nicht Theilung verlangen zu wollen, bindet schon nach gemeinem Rechte in gewissem Umfange die Sondernachfolger der Kontrahenten[73]). Das B. G. B. hat dies entsprechend seiner auf Erhaltung der Gemeinschaft gerichteten Tendenz erweitert. Wenn die Theilhaber das Recht, die Aufhebung zu verlangen für immer oder auf Zeit ausgeschlossen haben, so wirkt diese Vereinbarung nach § 751 für und gegen die Sondernachfolger. Damit ist jeder bindenden Vereinbarung über das Aufhebungsrecht dingliche Wirksamkeit beigelegt. Die Bedeutung des Satzes ist dieselbe, wie beim § 745 in Bezug auf die Verwaltung.

Die dingliche Wirkung ist in drei Fällen ausgeschlossen:

a. Nach § 751 zu Gunsten eines Gläubigers der „auf Grund eines nicht nur vorläufig vollstreckbaren Titels die Pfändung des Antheils eines Gemeinschafters erwirkt hat." Derselbe kann mithin stets die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen. Die Bestimmung

73) Windscheid, § 449 n. 14. Dernburg, § 197 n. 16.

ist lediglich aus Zweckmäßigkeitsgründen getroffen, da andernfalls der Antheil eines Theilhabers von seinen Gläubigern nicht gehörig verwerthet werden könnte, wenn ihnen nur der Verkauf desselben möglich wäre. Die Ausnahme gilt aber nur zu Gunsten des Pfändungspfandgläubigers selber. Wenn der Antheil im Wege der Zwangsvollstreckung verkauft wird, ohne daß der Gläubiger die Aufhebung der Gemeinschaft verlangt hat, so ist der Erwerber an die Vereinbarung gebunden[74]).

Den Pfändungen, die auf Grund eines nur vorläufig vollstreckbaren Titels erfolgen, ist dieser Vorzug versagt worden, weil die Aufhebung der Gemeinschaft nicht nur gegenüber dem Schuldner sondern auch gegenüber den übrigen Theilhabern, die an dem Fortbestande der Gemeinschaft ein Interesse haben, wirkt. Diese Interessen sollen nicht ehe geschädigt werden bis feststeht, daß die Vollstreckbarkeit nicht wieder zu beseitigen ist[75]).

b. Nach einem besonderen Satz des Pfandrechts ist ein Gläubiger, welcher durch Vertrag ein Pfandrecht am Miteigenthumsantheile einer beweglichen Sache erlangt hat, an die Vereinbarungen seines Schuldners nicht mehr gebunden, sobald er zum Verkaufe des Antheils berechtigt ist. §§ 1258 Abs. 2.

Nach § 16 Abs. 2 der Konkursordnung wirkt die Vereinbarung nicht gegen die Konkursmasse.

Der Anspruch auf Aufhebung ist durch § 758 ausdrücklich der Verjährung entzogen. Zweifelhaft kann sein, ob sich dies nicht schon aus dem Wesen des Aufhebungsanspruches ergiebt. Derselbe fließt unmittelbar aus der Thatsache der Rechtsgemeinschaft, man kann also sagen, daß er mit dem weiteren Bestande derselben immer von Neuem entsteht[76]).

74) Hachenburg, S. 421.
75) S. 51 und Prot. II, S. 438.
76) Windscheid § 106 n. 4.

Da indessen in ähnlichen Fällen nach der neueren Ansicht der Lauf der Verjährung mit dem Zeitpunkte beginnt, wo der betreffende Anspruch zuerst geltend gemacht werden konnte[77]), bedurfte es einer besonderen Vorschrift im Hinblick auf die allgemein gehaltene Fassung des § 198.

Es sind übrigens Fälle möglich, wo trotz des § 758 der Anspruch auf Aufhebung durch Zeitablauf ausgeschlossen wird[78]). Hierhin dürfte die Vorschrift des § 927 gehören zu Gunsten eines Miteigenthümers, der 30 Jahre lang im Eigenbesitze des Grundstücks gewesen ist.

Aus dem Wortlaute des § 758 ergiebt sich unmittelbar, daß nur der Aufhebungsanspruch, nicht auch die sonstigen Ansprüche aus der Gemeinschaft, der Verjährung entzogen sind.

§ 7. Der Aufhebungsvertrag.

Die Aufhebung der Gemeinschaft erfolgt durch Theilung: entweder des gemeinschaftlichen Gegenstandes selber oder der an die Stelle desselben getretenen Vermögenswerthe. Das Gesetz giebt in den §§ 752—754 genaue Vorschriften über die Art, in welcher die Theilung im Einzelfalle zu geschehen hat. Diese Vorschriften sind jedoch sämmtlich dispositiver Natur.[79]) Die Art der Theilung kann daher ebenso wie im gemeinen Rechte durch Vertrag in abweichender Weise bestimmt werden.[80]) Eine wirksame Vereinbarung kann nur bei Einstimmigkeit sämmtlicher Theilhaber getroffen werden; Majorisirung ist hier nicht ausdrücklich zugelassen, also ausgeschlossen.

Der Theilungsvertrag ist mangels besonderer Bestimmung gemäß § 123 formlos. Nur wenn sich Grundstücke in der Theilungsmasse befinden, ist nach der besonderen Vorschrift des § 313 zur Wirksamkeit des Vertrages gerichtliche oder notarielle Beurkundung erforderlich.

---

77) Mot. I S. 310 zu § 160.

78) Prot. II, S. 756.

79) Mot. II, S. 881; Planck, S. 492, 494 zu § 753.

80) Windscheid § 449 n. 14a.

Der Theilungsvertrag kann die Aufhebung in jeder beliebigen Weise ordnen, nur muß die vereinbarte Theilungsart vom Gesetze zugelassen sein. Daher kann Theilung eines Gebäudes nach Stockwerken nicht bindend vereinbart werden[81]). Die Theilhaber können insbesondere beschließen, daß der gemeinschaftliche Gegenstand körperlich getheilt oder daß die mehreren gemeinschaftlichen Gegenstände unter die einzelnen in bestimmter Weise vertheilt werden sollen. Ferner kann bestimmt werden, daß einer der Theilhaber die ganze Sache erhalten und die übrigen abfinden soll, oder daß die Sache unter einigen in natura getheilt werden soll unter Abfindung der übrigen. Auch kann einem Theilhaber, der einen reellen Theil erhalten soll, außerdem anderweitige Vermögensvortheile zugesichert werden. Am häufigsten wird Versteigernng unter den Theilhabern und Theilung des Erlöses vereinbart werden. Die Aufhebung der Gemeinschaft erfolgt nicht schon durch den Abschluß des Theilungsvertrages, sondern erst durch Erfüllung desselbens seitens der Theilhaber[82]). Auch wenn der Theilungsvertrag vor Gericht abgeschlossen wird, hat er keine konstitutive Wirkung. Der Inhalt des dem Einzelnen zustehenden Anspuches bestimmt sich lediglich nach dem Vertrage. In subsidio kommen die Vorschriften des Gesetzes zur Anwendung. Der Anspruch wird erforderlichenfalls im Wege des ordentlichen Civilprocesses durchgeführt. Die Zwangsvollstreckung richtet sich nach den allgemeinen Regeln, insbesondere bezüglich der Erwirkung von Handlungen.

§ 8. Der Anspruch auf Theilung in Natur.

Wenn ein Theilhaber oder einige derselben die Aufhebung der Gemeinschaft durchführen wollen, ohne daß eine Einigung erzielt ist, haben ihre Ansprüche nach B. G. B. einen vom gemeinen Rechte wesentlich verschiedenen Inhalt. Im gemeinen Rechte fehlen jegliche Vorschriften über die Art der Theilung.

81) Motive III, S. 44.

82) Anders scheinbar Kuhlenbeck, von den Pandekten zum B. G. B. II, S. 380.

Der Anspruch jedes Theilhabers geht lediglich auf Vornahme der Theilung als solcher. Wie diese geschieht, darüber entscheidet allein der Richter. Er soll zwar etwaige, trotz des Streites bestehende Vereinbarungen der Theilhaber berücksichtigen, im übrigen bestimmt er den Theilungsmodus nach freiem Ermessen im Interesse der Betheiligten, also meistens im Interesse der Mehrheit.

Der Richter vollzieht auch die Theilung. Das Theilungsurtheil hebt die communio unmittelbar auf. Rechtsveränderungen, die nach dem angewandten Theilungmodus in Bezug auf den gemeinschaftlichen Gegenstand geschehen sollen, treten unmittelbar mit Rechtskraft des Urtheils ein. Insbesondere wird ein Miteigenthümer, dem die ganze gemeinschaftliche Sache zugewiesen worden ist, Alleineigenthümer, ohne daß es einer Tradition seitens der bisherigen Miteigenthümer bedarf[83]).

Das B. G. B. hat dagegen den Inhalt des Aufhebungsanspruches genau bestimmt. Die Aufhebung geschieht nach §§ 752, 753, entweder durch Theilung in Natur oder durch Theilung des Erlöses. Letztere kann nach § 753 nur gefordert werden, wenn Theilung in Natur ausgeschlossen ist.

Die Theilung in Natur besteht in körperlicher Zerlegung des Gegenstandes in einzelne Trennstücke und Uebertragung derselben an die einzelnen Theilhaber. Sie kann ausgeschlossen sein in Folge gesetzlichen Verbotes. Solche Verbote sind im Art. 119,2 des Einführungsgesetzes zum B. G. B. der Landesgesetzgebung überlassen und in den §§ 112, 113 der einheimischen Ausführungsverordnung zum B. G. B.

---

83) Dernburg, Pandekten § 197,2. Windscheid § 449,3. Nur ausnahmsweise hat die actio communi dividundo bereits einen bestimmten Inhalt: das ist der Fall, wenn eine nicht insinuirte Schenkung von Sachen höheren Werthes gemacht wird, in Folge derer Miteigenthum zwischen Schenker und Beschenkten entsteht. Hier kann der Eigenthümer des größeren Theiles Eigenthum gegen Entschädigung beanspruchen. Vgl. Dernburg, Pandekten II, S. 289.

bezüglich ritterschaftlicher Landgüter und städtischer Grundstücke gegeben.

Sonst kann die Theilung in Natur nach § 752 nur verlangt werden, wenn

a. durch die Zerlegung der Werth des gemeinschaftlichen Gegenstandes nicht vermindert wird. Hiermit giebt das Gesetz eine allgemein anzuwendende Definition der Theilbarkeit[84]). Erforderlich ist demnach, daß der Werth der Summe der Trennstücke gleich dem Werthe des ungetheilten Gegenstandes ist. Dies ist nur bei wenigen Gegenständen der Fall[85]).

b. Die abgetrennten Theile müssen den Antheilen der Theilhaber entsprechen.

Das Gesetz sagt nicht, worin die abzutrennenden Theile den Antheilen entsprechen sollen. Der Entwurf I verlangte in seinem § 769 Abs. 1 ausdrücklich, daß dies in Bezug auf Größe und Wert der Fall sein solle. Aus den Protokollen der II. Kommission[86]) ergiebt sich nicht mit Sicherheit, ob durch die Aenderung der Fassung auch der materielle Inhalt geändert werden sollte. Da aber der wirthschaftliche Zweck der Theilung in der Verschaffung eines dem Antheilsrechtes entsprechenden Theils vom Werte des Gemeinschaftsobjects besteht, und dieser Zweck erreicht werden kann, ohne daß die Größe der abgetrennten Theile der Größe der Antheilsrechte entsprechen, ist man berechtigt, von letzterem Erfordernisse abzusehen. Man darf annehmen, daß der Gesetzgeber, wenn er ein anderes Ergebniß gewollt hätte, es ausdrücklich ausgesprochen haben würde[87]).

Der zu schaffende Werth soll dem Werthe des Antheilsrechtes entsprechen, nicht gleichkommen. Vielmehr wird meistens aus dem Grunde die Aufhebung

84) Endemann I, S. 828.
85) Planck II, S. 473 2b.
86) Protokolle II, S. 759,2.
87) Ebenso Matthias I, S. 618.

betrieben werden, weil die Theilhaber erwarten, daß sie durch dieselben einen höheren Vermögenswert erhalten, als das nur durch Verkauf zu realisirende Antheilsrecht während Bestehens der Gemeinschaft darstellt [88]).

c. Erforderlich ist weiter, daß die abgetrennten Theile unter sich gleichartig sind und zwar vom Standpunkte des Verkehrs aus beurtheilt [89]). Wenn z. B. ein Grundstück zum Theil aus Acker, zum Theil aus Wiese besteht, kann kein Theilhaber verlangen, daß er ein Trennstück erhalte, das nur aus Wiese besteht, auch, wenn der Wert der betreffenden Trennstücke völlig gleich ist.

Beim Vorhandensein der Voraussetzungen sub a—c kann eine Naturaltheilung nach § 752 auch verlangt werden, wenn eine Gemeinschaft mehrere Gegenstände umfaßt [90]). Diese Vorschrift bezieht sich auf die vom Gesetz mit dem Ausdruck „Sachinbegriff" benannten Sachgesammtheiten, die gemeinrechtlichen universitates facti [91]). Nach B. G. B. können ebenso wie im gemeinen Rechte keine Rechte an dem Sachinbegriff als solchen, sondern nur an den einzelnen Gegenständen desselben bestehen [92]). Von dieser Regel macht die Theilungsvorschrift des § 752 eine Ausnahme. An sich besteht an jedem einzelnen Gegenstande eine Rechtsgemeinschaft, daher müßte jeder einzelne Gegenstand getheilt werden. Für die Theilung gilt der Sachinbegriff aber als ein Ganzes.

88) Matthias I, S. 616.

89) Planck II, S. 493a.

90) Somit giebt der § 752 eine Definition des Begriffes „Theilbarkeit", welche im wesentlichen den in der gemeinrechtlichen Doktrin aufgestellten Sätzen entspricht. Diese Definition ist besonders wichtig im Hinblick auf die im § 420 B. G. B. enthaltene Regel, daß, wenn mehrere eine theilbare Leistung schulden oder zu fordern haben, im Zweifel jeder Schuldner nur zu einem gleichen Antheil verpflichtet, jeder Gläubiger nur zu einem gleichen Antheil berechtigt ist.

91) Dernburg, Pandekten I § 68.

92) Dernburg, B. G. B. III S. 6 fg.

Daher ist es möglich, daß kein Gegenstand getheilt zu werden braucht, sondern, daß jeder Theilhaber einen ganzen Gegenstand erhält[93]). Zweifelhaft ist, ob, wenn eine solche Theilung möglich ist, ein Theilhaber auch körperliche Theilung je des einzelnen Gegenstandes fordern kann. Die Ausdrucksweise des Gesetzes läßt die Frage offen. Man wird sich gegen die Möglichkeit der körperlichen Theilung zu entscheiden haben, weil hier eine besondere Vorschrift gegeben ist und die Tendenz des Gesetzes darauf geht, dem Theilungsanspruch für den einzelnen Fall einen ganz bestimmten Inhalt zu geben[94]).

Bei gleicher Größe aller Antheilsrechte werden die geschaffenen Theile sämmtlich gleichen Wert haben. Dann bestimmt nach § 752 S. 2 das Loos, welche Antheile den einzelnen Theilhabern zufallen sollen. Das Loos muß auch, wenn nur einige Antheilsrechte von gleicher Größe sind, zwischen den betreffenden Theilhabern entscheiden. Sind die Antheile ungleich, wird schon durch die Theilung selber entschieden, wem die einzelnen Theile zufallen sollen.

Ueber die Durchführung des zu Recht bestehenden Anspruches auf Naturaltheilung giebt das Gesetz keine besondere Bestimmungen. Sie erfolgt daher im ordentlichen Verfahren der Civilproceßordnung. Die Klage ist gegen diejenigen Theilhaber zu richten, welche der Aufhebung widersprechen. Sie muß bestimmt angeben, wie die einzelnen Theile gelegt werden sollen, also eine Art Theilungsplan enthalten. Der Antrag geht auf Verurtheilung zur Vornahme bestimmter Handlungen. Beim Miteigenthum z. B. auf Uebereignung bestimmter Sachtheile. Welche Mitwirkung im Einzelnen vom Beklagten gefordert wird, ist verschieden, je nachdem die Sache eine bewegliche oder unbewegliche ist und je nachdem sie im Besitze aller oder weniger Theilhaber ist[95]). Daß die Voraussetzungen der Naturaltheilung vorhanden sind, gehört zum Klagegrund. Insbesondere hat der Kläger die Möglich-

93) Ebenso Matthias I, S. 618, 3 p.
94) Anders Lammfromm, S. 271.
95) §§ 925, 929 fg.

keit der körperlichen Theilung ohne Werthverminderung zu beweisen. Der Richter entscheidet, wie stets, nur darüber, ob die gestellten Parteianträge begründet sind oder nicht. Das verurtheilende Erkenntniß bringt zum Ausdruck, daß die Verpflichtung der Beklagten besteht, zur Einwilligung in die Vornahme der Naturaltheilung. Auf die Zwangsvollstreckung finden die allgemeinen Vorschriften, insbesondere die §§ 894 897 C. P. O. Anwendung.

Ebenso wie das Aufhebungsrecht nur unter einigen der Theilhaber durch Vereinbarung ausgeschlossen sein kann, ist es möglich, den Theilungsanspruch nur einigen Theilhabern gegenüber im Wege der Klage geltend zu machen. Das Gesetz läßt dies zwar nicht ausdrücklich zu, aber im gemeinen Recht ist die Möglichkeit anerkannt [96]), und für Annahme des Gegentheils sind keine Anhaltspunkte vorhanden. Allerdings kann jeder bei der Theilung nicht zugezogene Theilhaber dieselbe verhindern, weil sie eine wesentliche Veränderung des gemeinschaftlichen Gegenstandes darstellt.

§ 9. Der Anspruch auf Erlöstheilung.

Die Aufhebung muß nach § 752 in erster Linie durch Theilung in Natur erfolgen. Da aber die sämmtlichen Voraussetzungen des § 752 außer bei Geld, gleichartigen Werthpapieren und einer Menge sonstiger vertretbarer Sachen selten vorhanden sind, wird sie praktisch ziemlich bedeutungslos sein [97]). Wenn sie nicht stattfinden kann, erfolgt nach § 753 „die Aufhebung der Gemeinschaft durch Verkauf des gemeinschaftlichen Gegenstandes nach den Vorschriften über den Pfandverkauf, bei Grundstücken durch Zwangsversteigerung, und durch Theilung des Erlöses".

Der Pfandverkauf erfolgt nach §§ 1235 fg. regelmäßig im Wege der öffentlichen Versteigerung gemäß § 383 Abs. 3 B. G. B. Er braucht daher nicht durch einen Gerichtsvollzieher vorgenommen zu werden, sondern kann durch jeden zu Versteigerungen

96) Windscheid, § 449 n. 26. Dernburg, Pandekten § 197, S. 461.
97) Motive II, S. 884. Matthias I, S. 618.

befugten anderen Beamten oder öffentlich angestellten Versteigerer geschehen. Die Vorschriften des § 753 sind jedoch lediglich dispositiver Natur. Daher können insbesondere die erschwerenden Bestimmungen der §§ 1238 Abs. 1 und 1239 Abs. 2 durch Vereinbarung der Theilhaber außer Anwendung gesetzt werden [98]).

Die Klage geht gegen die widersprechenden Theilhaber auf Einwilligung in den Pfandverkauf und Beauftragung einer bestimmten geeigneten Persönlichkeit mit der Vornahme desselben.

Das beim Verkauf erlöste Geld wird regelmäßig Miteigenthum der Theilhaber und ist nach § 752 zu theilen.

Kein Theilhaber kann verlangen, daß der Zuschlag bei der Versteigerung nur auf ein Gebot von bestimmter angemessener Höhe ertheilt werden darf. Wenn aber im Versteigerungstermine gar kein Gebot abgegeben wird, kann jeder nach § 753 Abs. 3 eine nochmalige Versteigerung verlangen, muß aber die Kosten tragen, wenn dieser ebenfalls erfolglos bleibt.

Der Verkauf von Grundstücken erfolgt durch Zwangsversteigerung, also gerichtlich [99]). Die Klage geht lediglich auf Einwilligung in dieselbe. Für die Zwangsversteigerung zum Zwecke der Aufhebung einer Gemeinschaft giebt das Z. G. in §§ 180—184 besondere Bestimmungen. Auf die Einzelheiten einzugehen würde hier zu weit führen. Hervorzuheben ist nur, daß der Ersteher nach § 183 kein Kündigungsrecht hat, wenn das Grundstück vermiethet oder verpachtet ist. Die Versteigerung ist hier keine Zwangsvollstreckung, daher ist zu ihrer Anwendung kein vollstreckbarer Titel erforderlich, sondern es genügt ein gemeinschaftlicher Versteigerungsantrag [100]). Auch wenn die Einwilligung zur Zwangsversteigerung von den Theilhabern im Wege der Klage erzwungen wird, ist die Zwangsversteigerung nicht Vollstreckung des Urtheils. Letztere

98) Bericht der Reichstagskommission, S. 54.
99) Z. G. § 181, Abs. 1.
100) Z. G. § 181, Abs. 1.

ist beendet, sobald die Einwilligung nach § 894 C. P. O. ersetzt worden ist. Auch hier theilt nicht der den Theilungsanspruch liquide stellende Richter. Die Theilung ist eine gerichtliche, nicht in Folge einer Besonderheit der Theilungsklage, sondern in Folge des das Immobiliarsachenrecht beherrschenden Princips der Publicität.

Die Versteigerung ist bei Erlöstheilung eine öffentliche. Hiervon ist durch § 753 Satz 2 eine Ausnahme zugelassen. „Der Gegenstand ist unter den Theilhabern zu versteigern, wenn die Veräußerung an Dritte unstatthaft ist". Darüber entscheidet freies richterliches Ermessen nach den Umständen des Einzelfalles. Die Vorschrift ist ganz allgemein gefaßt, daher ist anzunehmen, daß die Gründe, welche die Veräußerung an Dritte unstatthaft erscheinen lassen, nicht nur rechtlicher — z. B. ein Gegenstand ist Mehreren geschenkt worden, mit der Auflage, ihn nicht an Dritte zu veräußern — sondern auch thatsächlicher Art — z. B. der gemeinschaftliche Gegenstand ist ein altes Familienerbstück und die Theilhaber haben ein berechtigtes Interesse daran, daß er nicht in fremde Hände gelangt — sein können [101]). Derjenige Theilhaber, welcher auf Einwilligung in dieser Art der Versteigerung klagt, muß die Unstatthaftigkeit der Veräußerung an Dritte beweisen.

Von der Regel des § 753, daß stets Verkauf des Gemeinschaftsobjects erfolgen soll, wenn Theilung in Natur unmöglich ist, macht der § 754 eine Ausnahme für Forderungen. Der Verkauf einer solchen „ist nur zulässig, wenn sie noch nicht eingezogen werden kann". Die Theilhaber sind also in erster Linie auf Einziehung angewiesen, und können regelmäßig nicht den Verkauf verlangen. Ohne diese Bestimmung könnte der einzelne Theilhaber jederzeit auch gegen den Willen der Mehrheit den Verkauf einer fälligen Forderung durchsetzen, und dadurch die übrigen schädigen, weil der beim Verkaufe einer Forderung erzielte Erlös erfahrungsmäßig selten dem wirklichen Werte der Forderung entspricht [102]).

101) Ebenso Gierke, S. 62, Gutachten aus dem Anwaltsstande I, S. 45.
102) Scherer II, S. 1060.

Nach der Ausdrucksweise des Gesetzes kann hier nur der Fall bezielt sein, daß die Einziehung der Forderung aus einem in derselben liegenden Grunde unmöglich ist, insbesondere, weil sie noch nicht fällig ist. Nur in diesem Falle kann der Verkauf verlangt werden, nicht auch wenn die Klage auf Leistung möglich ist, aber aus irgend welchen Gründen, z. B. wegen derzeitiger Insolvenz des Schuldners, keinen Erfolg haben kann, dann kann die Forderung nur mit Zustimmung aller Theilhaber verkauft werden.

Nach § 754 Satz 2 kann jeder verlangen, daß die Einziehung gemeinschaftlich geschieht. Der Anspruch geht auf jede Mitwirkung bei derselben, also auch auf gemeinschaftliche Proceßführung. Wenn die Forderung auf eine unteilbare Leistung geht, kann außerdem jeder Theilhaber nach § 432 allein auf Leistung an alle klagen [103]).

Das vom Schuldner Geleistete wird wieder Gegenstand einer Gemeinschaft unter den bisherigen Gläubigern und ist nach §§ 752 753 zu theilen [104]).

§ 10. Der Anspruch auf Ausgleichung.

Im gemeinen Rechte kann jeder Theilhaber mit der actio communi dividundo bei der Theilung eine umfassende Auseinandersetzung verlangen, insbesondere die Berichtigung der Gemeinschaftsschulden und die Anrechnung der praestationes personales auf die den einzelnen Theilhabern zuzuweisenden Vermögensstücke [105]).

Das B. G. B. bestimmt im § 756 Abs. 1, daß ein Theilhaber, welcher gegen einen andern Theilhaber eine Forderung hat, die sich auf die Gemeinschaft gründet, bei der Aufhebung der Gemeinschaft die Berichtigung seiner Forderung aus dem auf den Schuldner entfallenden Theil des gemeinschaftlichen Gegenstandes verlangen könne. Die Vorschrift bezieht sich nicht nur auf Forderungen eines Theilhabers, die

103) Motive II, S. 885.
104) Motive II, S. 885.
105) Dernburg, Pand. I § 197 n. 13 14. Windscheid, § 449,2.

aus Aufwendungen zum Zwecke der Erhaltung, Verwaltung und gemeinschaftlichen Benutzung herrühren, sondern auf alle auf die Thatsache der Gemeinschaft zurückzuführenden Ansprüche, z. B. auf Schadensersatzforderungen. Dritte Gläubiger können die Berichtigung ihrer Forderungen nicht verlangen, auch wenn die Leistungen, auf Grund deren sie die Forderungen erworben haben, dem Gemeinschaftsobject zu Gute gekommen sind.

Hierdurch wird ein Absonderungsrecht der Theilhaber-Gläubiger, wie es im Konkursfalle bereits bestand [106]) auch außerhalb des Konkurses geschaffen. Nach dem Wortlaut des Gesetzes besteht das Absonderungsrecht nur an einem Theile des Gegenstandes. Die ratio legis [107]) fordert, daß es auch an dem Erlöse geltend gemacht werden kann [108]). Der Theil der Sache oder des Erlöses, den ein Theilhaber bei der Aufhebung erhält, muß also auf Verlangen eines Theilhaber-Gläubigers um den Betrag der geschuldeten praestationes personales gekürzt werden [109]).

Das Absonderungsrecht kann nach § 755 Abs. 2 auch gegen die Sondernachfolger geltend gemacht werden [110]). Damit ist gesagt, daß die Ansprüche auf praestationes personales bei Veräußerung eines Antheiles passiv auf den Erwerber übergehen. Der Uebergang ist aber ein beschränkter.

Denn die Forderung kann nicht unmittelbar gegen den neuen Erwerber sondern nur an dem Vermögensgegenstande geltend gemacht werden, der bei der Theilung auf ihn fällt. Durante communione wird also der Uebergang nicht wirksam. Der ursprüngliche Schuldner wird, wie oben ausgeführt ist [111]), durch Veräußerung seines Antheils nicht von einer Verbindlichkeit befreit. Er kann auch nicht verlangen, daß der Theilhaber-Gläubiger mit der Geltendmachung seiner Forderung bis zur

106) § 44, alte Konkursordnung.
107) Protokolle II, S. 765.
108) Ebenso Planck II, S. 495 zu § 755.
109) Ebenso von Seeler, Miteigenthum nach G. B. B., S. 85.
110) Ebenso bereits nach Dernburgs Ansicht im gemeinen Recht. Pandekten I § 197 n. 13 14.
111) § 6.

Aufhebung der Gemeinschaft wartet. Dieser braucht seinen Anspruch gar nicht bei der Aufhebung geltend zu machen, ohne daß er dadurch seines Anspruches gegen den ursprünglichen Schuldner ganz oder theilweise verlustig ginge [112]).

In den Materialien wird ausgeführt, daß das Vorzugsrecht zu Gunsten der praestationes personales nicht aus dem Wesen der Gemeinschaft hervorgehe, sondern auf Billigkeitsgründen beruhe [113]). Gleiche Erwägungen liegen auch der Vorschrift des § 755 Abs. 1 zu Grunde: „Haften die Theilhaber für eine Verbindlichkeit, die sie in Gemäßheit den § 748 nach dem Verhältniß ihrer Antheile zu erfüllen haben, oder die sie zum Zwecke einer solchen Verbindlichkeit eingegangen sind, so kann jeder Theihaber bei der Aufhebung der Gemeinschaft verlangen, daß die Schuld aus dem gemeinschaftlichen Gegenstand berichtigt wird." Hier handelt es sich auch um praestationes personales, aber nicht um bestehende, sondern um künftige und zwar in Abweichung von § 756 nur um die in § 748 bezeichneten.

Wenn die Gesammtschuld nicht bei der Aufhebung der Gemeinschaft berichtigt wird, kann ein Theilhaber später von dem Gläubiger auf Bezahlung der ganzen Schuld belangt werden. Wenn er gezahlt hat, wird ihm nach § 426 ein Anspruch auf antheilsmäßigen Ersatz gegen die übrigen erwachsen. Er hat aber dann nicht mehr die Sicherheit, welche ihm vor der Aufhebung die auf die übrigen Theilhaber entfallenden Theile des Gegenstandes oder des Erlöses für seinen Ersatzanspruch gewährt haben würden. Ohne die Vorschrift des § 755 würde ein solventer Theilhaber durch die Aufhebung der Gemeinschaft, die von den übrigen gegen seinen Willen betrieben werden kann, Gefahr laufen, geschädigt zu werden. Die Berichtigung der Gesammtschuld und der praestationes personales hat „aus" dem gemeinschaftlichen Gegenstande zu erfolgen. Wenn derselbe nicht in Natur getheilt wird, muß ein Theil des Versteigerungserlöses vorweg zur Bezahlung der Gesammt-

112) Protokolle II, S. 767.
113) Motive II, S. 886. Protokolle II, S. 765. Denkschrift, S. 135.

schuld verwandt und der übrig bleibende Rest nach Verhältniß der Antheile getheilt werden. Wenn ein Theilhaber eine Forderung aus § 756 gegen einen der übrigen geltend macht, muß der auf den Schuldner entfallende Theil des Erlöses um den Betrag seiner Schuld gekürzt und dieser Betrag dem Theilhaber-Gläubiger zugetheilt werden.

Bei der Theilung in Natur werden die Mittel zur Bezahlung nach der Vorschrift des § 755 Abs. 3 dadurch beschafft, daß „der gemeinschaftliche Gegenstand, soweit er zur Berichtigung der Schuld erforderlich ist, nach § 753 verkauft wird." Aus dem Erlöse wird der Gläubiger befriedigt. Wenn eine Gesammtschuld bezahlt ist, werden die den einzelnen Theilhabern zufallenden körperlichen Theile sämmtlich kleiner. Wenn ein Theilhaber-Gläubiger befriedigt wird, muß nur der auf den Schuldner entfallende körperliche Theil kleiner werden, und zwar nur so viel, daß der Minderwerth desselben dem Betrage der getilgten Schuld gleichkommt. Es ist also nicht erforderlich daß soviel von den gemeinschaftlichen Gegenständen verkauft wird, daß der auf den Schuldner entfallende Theil des Erlöses zur Berichtigung seiner Schuld hinreicht, und dann die übrigen einen kleineren Theil und daneben Geld erhalten [114]).

§ 11. Der Anspruch auf Gewährleistung.

„Wird bei der Aufhebung der Gemeinschaft ein gemeinschaftlicher Gegenstand einem der Theilhaber zugeteilt, so hat, nach § 757, wegen eines Mangels im Rechte oder wegen eines Mangels der Sache jeder der übrigen Theilhaber zu seinem Antheil wie ein Verkäufer Gewähr zu leisten."

Das Aufhebungsgeschäft ist hiernach als ein gegenseitiger Vertrag aufzufassen. Bei der Aufhebung auf Grund eines Vertrages ergiebt sich dies ohne weiteres. Aber auch wenn die Aufhebung einseitig betrieben wird, ist das Aufhebungsgeschäft ein gegenseitiger Vertrag. Denn der Theilhaber, dessen Einwilligung und Mitwirkung zur Aufhebung verlangt wird,

114) Protokolle II, S. 861.

hat zwar die aus dem vertragsnöthigen Verhältniß der Gemeinschaft entspringende Verpflichtung, sein Mitrecht an einem Theile des Gegenstandes dem klagenden Theilhaber zu übertragen, kann aber verlangen, daß ihm gleichzeitig von diesen dessen Mitrecht an einem andern Theile des Gegenstandes übertragen wird. Man kann also auch das einseitig betriebene Theilungsgeschäft als entgeltlichen Veräußerungsvertrag ansehen. Daraus ergiebt sich zugleich, daß das B. G. B. eine Theilung des Rechtes bei der Gemeinschaft nach Bruchtheilen annimmt. Denn wenn das Recht des einzelnen Theilhabers nur durch das gleichzeitige Recht der übrigen beschränkt wäre, wäre keine Veräußerung, sondern nur eine Aufgabe des Rechtes des einen Theilhabers nötig, um dem anderen das alleinige Recht zu verschaffen [115]).

Nach der Fassung des Gesetzes kann es zweifelhaft sein, ob die Gewährleistungspflicht auch besteht, wenn nur ein Theil des Gegenstandes und und nicht ein ganzer Gegenstand einem Theilhaber bei der Aufhebung übertragen ist. Denn das Gesetz spricht nur von Zutheilung „eines gemeinschaftlichen Gegenstandes". Der erste Entwurf hatte indessen in seinem § 771 ausdrücklich eine Gewährleistungspflicht auch bezüglich eines Theiles des Gegenstandes vorgeschrieben. Der § 771 ist von der II. Kommission sachlich gebilligt worden und die Aenderung in der Fassung ist lediglich aus redaktionellen Gründen erfolgt [116]). Es entspricht auch der Natur der Sache eine Gewährleistungspflicht bei körperlicher Theilung eines Gegenstandes anzunehmen. Der Inhalt des Gewährleistungsanspruches ist nach dem Gesetze derselbe wie beim Kaufe und hier nicht näher zu erörtern. Bei Mängeln im Rechte normiren die §§ 434—444. Der Theilhaber kann daher insbesondere Schadensersatz verlangen gemäß § 325. Bei Mängeln der Sache kann nach §§ 459—492 jeder Theilhaber die Aufhebung der Gemeinschaft rückgängig machen. Auch eine „Minderung" kann erreicht werden. Dies ist nicht nur

115) Motive II, S. 887.
116) Protokolle II, S. 767.

möglich, wenn dem einen der Theilhaber der ganze Gegenstand zugesprochen ist, gegen eine an die übrigen gezahlte Abfindung, sondern auch bei Theilung in Natur, und zwar in der Weise, daß der geschädigte Theilhaber von den übrigen einen Theil des denselben übertragenen Theiles des Gegenstandes zurückfordert. Wenn dies unausführbar ist, wird nur die Rückgängigmachung der Theilung übrig bleiben.

Die Gewährleistungspflicht der Theilhaber kann nur in Frage kommen, wenn das Theilungsgeschäft rechtsbeständig ist. Ueber die Anfechtbarkeit derselben giebt das Gesetz keine besonderen Vorschriften. Sie ist also nach den allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen.

Zu unterscheiden ist, ob die Aufhebung auf Grund einer Vereinbarung der Theilhaber erfolgte, oder weil einer derselben den ihm gesetzlich zustehenden Aufhebungsanspruch geltend machte. In letzterem Falle muß es gleichgültig sein, ob die Einwilligung zur Aufhebung durch Klage erzwungen ist oder ob der betreffende Theilhaber dem Verlangen ohne weiteres entsprochen hat.

Wenn die Aufhebung auf Grund einer Vereinbarung erfolgte, kann sie angefochten werden nach den allgemeinen Regeln über die Anfechtung von Verträgen, insbesondere also wegen arglistiger Täuschung und Irrthum über den Inhalt der Erklärung gemäß §§ 119 123 B. G. B. Das Einzelne ist hier nicht zu erörtern. Hervorgehoben soll nur werden, daß, wenn die Theilhaber sich bei der Theilung über den Werth eines der geschaffenen Theile geirrt haben, so daß ein Theilhaber mehr bekommen hat, als er nach Verhältniß seines Antheils hätte bekommen müssen, die benachtheiligten Genossen nach § 119 hieraus keinen Anfechtungsgrund entnehmen können [117]).

Wenn die Aufhebung auf Betreiben eines Theilhabers erfolgt, kann, außer der Anfechtung einzelner Mitwirkungshandlungen nach allgemeinen Regeln, ein Condictionsanspruch

117) Matthias I § 53, S. 194.

aus § 812 fg. begründet sein[118]). Nach der Aufhebung kann sich herausstellen, daß eine der gesetzlichen Voraussetzungen. welche für die Aufhebung, insbesondere für die Art der vorgenommenen Theilung gefordert sind, nicht vorhanden ist, z. B. wenn Theilung in Natur verlangt und durchgeführt, aber nach § 752 ausgeschlossen ist, ferner, wenn unrichtige Gemeinschaftsantheile der Aufhebung zu Grunde gelegt sind, dann hat jeder Theilhaber die Leistung eines Andern, hier die Uebertragung von dessen Mitrecht an dem ihn zugewiesenen Theile, ohne rechtlichen Grund erlangt, und ist daher nach § 812 zur Herausgabe, d. h. hier zur Wiederherstellung der Gemeinschaft, verpflichtet.

§ 12. Das Wesen der Gemeinschaft nach Bruchtheilen.

Aus dem im Vorstehenden erörterten, kraft Gesetzes begründeten Verpflichtungsverhältniß der Theilhaber unter einander, ergiebt sich das Wesen der Gemeinschaft nach Bruchtheilen. Ihre Unterscheidungsmerkmale gegenüber anderen Gemeinschaften bestehen darin, daß jeder Theilhaber zu einem bestimmten Theile an einem einzelnen Gegenstande berechtigt ist, daß er über den ihm zustehenden Theil des Rechtes frei verfügen kann, daß es dritten gegenüber kein besonderes Gemeinschaftsvermögen giebt und daß jeder in Ermangelung einer anderweitigen rechtsgeschäftlichen Regelung jederzeit die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen kann. Bei der Gemeinschaft nach Bruchtheilen ist das Recht getheilt[119]), aber diese Theilung ist eine ideelle, nur gedacht. D. h. sie ist äußerlich

118) Ebenso Matthias I, S. 620,2.

119) Auf eine Theilung des Rechtes, entsprechend der im gemeinen Rechte herrschenden Auffassung — Joerges, Zur Lehre vom Miteigenthum, S. 20 fg., Dernburg, Pandekten I § 195, S. 45,4, Wächter, Pandekten II, S. 294 — weist insbesondere der Ausschluß der Anwachsung bei Aufgabe eines Antheils hin. Ebenso v. Buchka, § 20, S. 137 n. 3. Die Motive sprechen — Bd. III, S. 434 — allerdings davon, daß jemandem ein „ungetheiltes Recht nach Bruchtheilen zusteht". Dies steht im Widerspruch mit den Ausführungen in Bd. II, S. 887.

nicht erkennbar, und es bedarf einer Reihe nach den Umständen des Falles verschiedener Maßnahmen, um die auf den einzelnen Theilhaber fallenden Vermögenswerthe sichtbar zu machen. Die ideelle Theilung erschöpft sich also in dem Vorhandensein von Normen, die die Grundlage geben, für eine vorzunehmende reale Theilung. Aber doch ist bei der ideellen Theilung schon etwas getheilt, denn mit der ideellen Theilung entstehen aus einer einheitlichen Berechtigung mehrere selbstständige Berechtigungen, über welche der einzelne Theilhaber frei verfügen kann. Da der körperliche Gegenstand ungetheilt bleibt. kann das Getheilte also nur das Recht sein.

Die Rechtsbeziehungen der Theilhaber zu einander hat das Gesetz nicht nach einem einheitlichen Princip gestaltet. In Bezug auf das Verfügungsrecht über den Antheil ist der einzelne Theilhaber unabhängig von den Genossen. Vertragsmäßige Verfügungsbeschränkungen bezüglich des Antheils wirken nach allgemeinen Grundsätzen lediglich obligatorisch. Wenn die Theilhaber sämmtlich vereinbart haben, ihre Antheile nicht zu veräußern, ist der Wille des einzelnen, einen Dritten an seine Stelle in die Gemeinschaft zu setzen, stärker als der Wille der Mehrheit, der darauf geht, das Eindringen fremder Personen in die Gemeinschaft zu verhindern. Es fehlt also ein die Gemeinschafter bis zur Aufhebung zusammenhaltendes Band. Das entspricht völlig dem die gemeinrechtliche communio beherrschenden individualistischen Princip. Die Schroffheit dieses Systems ist indessen dadurch gemildert, daß die Regelung der Verwaltung, die Vereinbarung über den Ausschluß des Aufhebungsrechts und das Absonderungsrecht zu Gunsten der praestationes personales auch gegenüber den Sondernachfolgern wirken. Hierin zeigt sich die auf Erhaltung der Gemeinschaften gerichtete Tendenz des Gesetzgebers gegenüber dem gemeinen Rechte.

Die Berechtigung der Gemeinschafter in Ansehung des gemeinschaftlichen Gegenstandes ist dagegen nach dem Principe der gesammten Hand gestaltet. Nur insgesammt können sie

120) Planck, Archiv für civil. Pr., Bd. 75, S. 338.

über den Gegenstand verfügen und Verwaltungsmaßregeln treffen. Nach außen fehlt hier jede Organisation, denn die Mitwirkung zu einer Verfügung über den gemeinschaftlichen Gegenstand kann nicht einem widersprechenden Theilhaber gegenüber erzwungen werden. Anders nach innen. Dort ist für die wichtigsten Fälle der gemeinrechtliche Grundsatz portior est causa prohibentis [121]) beseitigt.

Die Mehrheit oder ein einzelner Theilhaber kann die Zustimmung der übrigen zu einer zweckentsprechenden Verwaltung und Benutzung im Wege der Klage erreichen. An der Hand dieser Sätze läßt sich der Unterschied der Gemeinschaft nach Bruchtheilen von der Gemeinschaft zur gesammten Hand des B. G. B. hervorheben. Nach dem letzteren Princip ist vor Allem das Gesellschaftsrecht geordnet. Das Gesetz bestimmt im § 719, daß ein Gesellschafter nicht über seinen Antheil am Gesellschaftsvermögen und an den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen verfügen kann. Bei der Gemeinschaft zur gesammten Hand sind also gleichfalls Antheile vorhanden. Aber diese Antheile stellen keine Sonder- oder Individualrechte dar; es fehlt also an einer Theilung des Rechtes. Der einzelne Gesellschafter kann auch nicht, wie dies bei der Gemeinschaft nach Bruchtheilen durch Veräußerung des Antheils möglich ist, einseitig aus der Gesellschaft ausscheiden, ohne daß dadurch die Aufhebung der Gesellschaft herbeigeführt würde. Er kann ferner regelmäßig nicht die Theilung des Gesellschaftsvermögens verlangen. Insoweit sind aber Gemeinschaft nach Bruchtheilen und Gemeinschaft zur gesammten Hand gleich, als über die einzelnen Gegenstände der Gemeinschaft nur von allen Berechtigten gemeinsam verfügt werden kann; allerdings kann nach § 714 B. G. B. ein einzelner Gesellschafter auf Grund besonderen Gesellschaftsvertrages zur alleinigen Verfügung über das Gesellschaftsvermögen befugt sein.

Das wesentliche Unterscheidungsmerkmal besteht darin, daß bei der Gesammthand dem einzelnen Gemeinschafter kein

121) l. 28 D 10,3.

Sonderrecht zusteht, welches er selbstständig zur Geltung bringen kann.

Was die Natur des Aufhebungsgeschäfts bei der Gemeinschaft nach Bruchtheilen anlangt, so läßt es sich als Umsatzgeschäft bezeichnen. Durch die Aufhebung der Gemeinschaft erlangt jeder Theilhaber an Stelle seines aufgegebenen Antheilsrechtes einen anderen Vermögenswerth; entweder einen Theil des Gegenstandes, dessen Werth der Größe des Antheils entspricht, oder einen der Größe des Antheils entsprechenden Theil des Erlöses. Das Verhältnis ist dasselbe wie bei einem entgeltlichen Veräußerungsvertrage [122]).

§ 13. Das Anwendungsgebiet der Rechtssätze über die Gemeinschaft nach Bruchtheilen.

Das Gesetz sagt nicht unmittelbar, wann eine Gemeinschaft nach Bruchtheilen vorhanden ist. Das Anwendungsgebiet der §§ 742—758 wird im § 741 nur negativ bestimmt dahin, daß sie zur Anwendung kommen sollen, „sofern sich nicht aus dem Gesetze ein anderes ergiebt".

Die Rechtssätze über die Gemeinschaft nach Bruchtheilen haben also im System des Gesetzes nur subsidiäre Geltung. Eine Gemeinschaft nach Bruchtheilen ist nur vorhanden, wenn die fragliche Gemeinschaft nicht anders geordnet ist. Eine andere Ordnung ist aber nur durch positive gesetzliche Vorschrift möglich. Die Fälle derselben sind also ganz bestimmte und es hängt nicht vom Willen der Betheiligten ab, ob sie

122) Ebenso die herrschende Ansicht des gemeinen Rechtes. Wächter, Pandekten II, S. 485. Eck, doppelseitige Klagen, S. 103. Geib, actio communi dividundo, S. 57. Lammfromm, Theilung, S. 262 fg., leugnet die Umsatznatur der Gemeinschaftstheilung, weil die Theilhaber durch dieselbe kein Aequivalent für das Antheilsrecht, sondern einen höheren Vermögenswerth erlangen sollen, als das Antheilsrecht stellt. Indessen wird nicht in allen Fällen der durch den Verkauf des Antheils zu erzielende Erlös geringer sein als der Werth des bei Aufhebung der Gemeinschaft auf den Theilhaber entfallenden Vermögenswerthes. Auch spricht der § 757 für die Umsatznatur des Aufhebungsgeschäftes.

eine Gemeinschaft nach Bruchtheilen oder eine andere Art der Gemeinschaft haben wollen, sofern sie nicht eine der gesetzlich anders geordneten Gemeinschaften begründen wollen. Insoweit ist das Recht der Gemeinschaft nach Bruchtheilen zwingender Natur.[123]) Mit dem Ausdruck „etwas Anderes" bezielt das Gesetz die Gemeinschaften zur gesammten Hand. Solche sind, wie allgemein anerkannt wird,[124]) die Gemeinschaft der Gesellschafter (§ 705 fg.), die allgemeine Gütergemeinschaft der Ehegatten (§ 1438 fg.), die fortgesetzte Gütergemeinschaft (§ 1483 fg.), die Errungenschafts-Gemeinschaft (§ 1419 fg.), die Fahrnißgemeinschaft (§ 1549) und die Erbengemeinschaft (2032 fg.). Die wichtigsten Fälle der Gemeinschaft haben also nach B. G. B. eine von der Gemeinschaft nach Bruchtheilen scharf geschiedene Regelung erfahren. Doch gelten die Vorschriften über die Aufhebung der Gemeinschaft nach Bruchtheilen auch für die Auseinandersetzung bei diesen Gemeinschaften zur gesammten Hand[125]) und treten bei der Erbengemeinschaft noch in manchen anderen Beziehungen hervor. Bei der Erbengemeinschaft besteht bezüglich der einzelnen Nachlaßgegenstände allerdings nach § 2033 Abs. 2 eine Gemeinschaft zur gesammten Hand; über eine Erbschaftssache können die Miterben also nur gemeinschaftlich verfügen. Daher ist ein Rechtsgeschäft unwirksam, durch welches ein einzelner Miterbe eine Erbschaftssache oder den ihm an derselben zustehenden Antheil veräußert oder belastet. Dagegen kann jeder Miterbe nach § 2033 Abs. 1 über seinen Antheil an dem ungetheilten Nachlasse verfügen. Damit zeigt die Erbengemeinschaft ein wesentliches Moment der Gemeinschaft nach Bruchtheilen[126]).

Für alle gemeinschaftlichen Berechtigungen außer der Gesellschaft, den güterrechtlichen Gemeinschaften und der

123) Die Betheiligten können z. B. nicht ein einfaches Miteigenthum ohne Bruchtheilsberechtigung schaffen.

124) So Matthias I § 139 I, Endemann II § 182 S. 826, Planck II, S. 483, Neumann I, S. 342, Kuhlenbeck I, S. 506.

125) §§ 731, 1477, 1546, 1549, 2042.

126) Joerges, Zur Lehre vom Miteigenthum, S. 50.

Erbengemeinschaft gilt das Bruchtheilprincip, mögen sie durch Gesetz oder durch Vertrag begründet sein [127]).

Da die Gemeinschaft nach Bruchtheilen kein selbstständiges Rechtsverhältniß ist, sondern nur eine Form der Berechtigung, welche bei einzelnen Rechtsverhältnissen vorkommen kann, ist es nach den für die einzelnen Rechtsverhältnisse geltenden Sätzen zu entscheiden, welche Rechte Gegenstand einer Gemeinschaft nach Bruchtheilen sein können, aus welchen Gründen sie entsteht und in welcher Form ihre Wirkungen sich äußern. Diese Fragen gehören nicht unmittelbar zur Lehre von der Gemeinschaft nach Bruchtheilen. Die Darstellung soll beschränkt bleiben auf die Erörterung der rechtlichen Beziehungen Mehrerer nach Bruchtheilen Berechtigter zu einander, soweit dieselben auf die Thatsache der Gemeinschaftlichkeit des Rechtes und nicht auf die besonderen für das betreffende Recht geltenden Sätze zurückzuführen sind.

Die Rechtssätze der Gemeinschaft nach Bruchtheilen findet hauptsächlich Anwendung beim Miteigenthum: Miteigenthum ist nach § 1008 vorhanden, wenn das Eigenthum an einer Sache Mehreren nach Bruchtheilen zusteht. Miteigenthum entsteht nach § 947, wenn bewegliche Sachen dergestalt mit einander verbunden werden, daß sie wesentliche Bestandtheile einer einheitlichen Sache werden, ferner, nach § 948, wenn bewegliche Sachen miteinander untrennbar vermischt oder vermengt werden. Auch am Schatze — § 984 —, an ausgezogenen Bienenschwärmen — § 953 —, an Bäumen, die auf der Grenze stehen — 923 — und an gemeinschaftlichen Grenzeinrichtungen — §§ 921—922 — ist Miteigenthum vorhanden. Im Allgemeinen wird dasselbe nach B. G. B. nicht so häufig vor-

127) Ebenso Planck II, S. 484, III und die übrigen Kommentare, von Seeler, Miteigenthum nach B. G. B., nennt die Erbengemeinschaft geradezu eine Gemeinschaft nach Bruchtheilen. Anders die herrschende Ansicht. Man kann für die letztere anführen, daß es für den rechtsgeschäftlichen Verkehr vor allem auf den Umfang der Berechtigung der Miterben bezüglich der einzelnen Erbschaftssachen ankommt. Diese Berechtigung ist nach dem Principe der gesammten Hand geregelt.

kommen, wie nach gemeinem Recht, da die für den Verkehr wichtigsten Fälle der Rechtsgemeinschaft, insbesondere die Gesellschaft, nach dem Princip der gesammten Hand geordnet sind. Auch durch Rechtsgeschäft kann Miteigenthum begründet werden, da nicht jede vertragsmäßige Gemeinschaft an einem Eigenthumsrecht die Merkmale der Gesellschaft zu enthalten braucht [128]). Solche Fälle werden allerdings selten eintreten.

Es soll noch hervorgehoben werden, daß nach der allgemeinen Fassung des Gesetzes eine Gemeinschaft nach Bruchtheilen nicht nur bei dinglichen Rechten, wie im gemeinen Rechte, sondern auch bei Forderungsrechten und anderen persönlichen Rechten z. B. Patent und Urheberrecht, ferner auch beim Besitze möglich ist.

Zum Schlusse sei bemerkt, daß nach Art. 173 des Einführungsgesetzes zum B. G. B. die Vorschriften des B. G. B. auf eine zur Zeit des Inkrafttretens desselben bestehende Gemeinschaft nach Bruchtheilen von dieser Zeit an Anwendung findet. Insbesondere kann die Aufhebung von da ab nur nach den Vorschriften der §§ 752—753 verlangt werden. Vorher getroffene Vereinbarungen der Theilhaber in Bezug auf Verwaltung und Aufhebung der Gemeinschaft behalten indessen die ihnen nach dem früheren Rechte zukommende Wirkung, soweit sie nicht nach dem neuen Rechte zulässig sind. Denn lediglich die in Ermangelung einer Parteivereinbarung zur Geltung kommenden Sätze des alten Rechtes werden durch die Bestimmung des Einführungsgesetzes aufgehoben [129]).

---

128) Ebenso: von Seeler, Miteigenthum nach B. G. B., S. 2.
129) Protokolle V, S. 504 fg.